

**Die Verwaltungsbeschränkung  
des § 1365 Abs. 1 BGB**

von  
HORST MÜLKE

1962



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41555417\\_0028](https://archive.org/details/IA41555417_0028)

D I E  
V E R W A L T U N G S B E S C H R Ä N K U N G  
D E S § 1 3 6 5 A B S. I B G B



Inauguraldissertation zur Erlangung  
des akademischen Grades eines Doktors  
der Rechte der Rechts- und Staatswis-  
senschaftlichen Fakultät der Westfäli-  
schen "Wilhelms-Universität" zu Münster

vorgelegt von

H o r s t M ü l k e

aus

Bielefeld

1962



1. Berichterstatter: Prof.Dr.Dr. L u k e s
  2. Berichterstatter: Prof.Dr. N ö r r
- Dekan : Prof.Dr. D e u t s c h

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juni 1961

## Meiner Mutter



Inhaltsübersicht

|                                                                                  |            |
|----------------------------------------------------------------------------------|------------|
| A. Einleitung                                                                    | Seite<br>1 |
| B. Hauptteil                                                                     |            |
| § 1 Der Zweck des § 1365 BGB                                                     | 3          |
| § 2 Die Rechtsnatur der §§ 1365 ff BGB                                           | 16         |
| I. Die Rechtsnatur der Beschränkung in<br>§ 1365 Abs.I Satz 1 BGB                | 17         |
| II. Die Rechtsnatur der Beschränkung in<br>§ 1365 Abs.I Satz 2 BGB               | 23         |
| § 3 Der Begriff der Gesamtvermögensverfügung                                     | 27         |
| I. Der Begriff der "Verfügung" in<br>§ 1365 Abs.I Satz 1 und Satz 2 BGB          | 28         |
| II. Das Verpflichtungsgeschäft in § 1365<br>Abs.I Satz 1 BGB                     | 40         |
| § 4 Das "Vermögen im ganzen"                                                     | 63         |
| I. Zum Begriff des Vermögens im allge-<br>meinen                                 | 63         |
| II. Die verschiedenen Vermögensbegriffe<br>und § 1365 Abs.I BGB                  | 65         |
| III. Das "Vermögen" nach der ratio des<br>§ 1365 Abs.I BGB                       | 75         |
| IV. Das "ganze" Vermögen                                                         | 82         |
| V. Das Vermögen des "Ehegatten"                                                  | 87         |
| § 5 Die Bedeutung des § 1365 Abs.I BGB<br>im Gesellschaftsrecht                  | 91         |
| § 6 Der Schutz des Rechtsverkehrs bei<br>§ 1365 Abs.I BGB                        | 98         |
| I. Begründung der "subjektiven Theorie"<br>durch Auslegung des § 1365 Abs.I BGB? | 101        |



|                                                                                                          | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| II. Begründung der "subjektiven Theorie" durch Analogie zu § 419 BGB?                                    | 111   |
| III. Die Begründung einer "eingeschränkten subjektiven Theorie" durch abändernde Rechtsfindung           | 115   |
| § 7 Der zeitliche Geltungsbereich des § 1365 Abs.I BGB                                                   | 130   |
| I. Zwischenzeitliches Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes zwischen Verpflichtung und Erfüllung | 130   |
| II. Zwischenzeitliche Heirat                                                                             | 137   |
| III. Zwischenzeitliche Veränderung der Vermögensverhältnisse                                             | 139   |
| IV. Zwischenzeitliches Ende der Zugewinnsgemeinschaft                                                    | 140   |
| § 8 Ausschluß und Begründung der Geltung des § 1365 Abs.I BGB durch Ehevertrag                           | 143   |
| § 9 Mittelbare Auswirkungen des § 1365 Abs.I BGB                                                         | 148   |
| C. Zusammenfassung und Schlußbetrachtung                                                                 | 155   |



Abkürzungsverzeichnis

|                |                                                                                                                                                |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AcP            | Archiv für die civilistische Praxis<br>(Band, Seite)                                                                                           |
| a.F.           | alter Fassung                                                                                                                                  |
| AG             | Amtsgericht                                                                                                                                    |
| AktG           | Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz). Vom 30. Januar 1937 (RGBl I, 107, berichtet 588, 1140) |
| ArchfBürgRecht | Archiv für Bürgerliches Recht<br>(Band, Seite)                                                                                                 |
| Art.           | Artikel                                                                                                                                        |
| BadWNotZ       | Notarzeitschrift für Baden-Württemberg<br>(Jahr, Seite)                                                                                        |
| BB             | Der betriebsberater<br>(Jahr, Seite)                                                                                                           |
| BGB            | Bürgerliches Gesetzbuch. Vom 18. August 1896 (RGBl 195)                                                                                        |
| BGBI (I)       | Bundesgesetzblatt (Teil I)                                                                                                                     |
| BGH            | Bundesgerichtshof                                                                                                                              |
| BGHZ           | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes<br>in Zivilsachen<br>(Band, Seite)                                                                      |
| BT             | Bundestag                                                                                                                                      |
| BVerfG         | Bundesverfassungsgericht                                                                                                                       |
| BVerfGE        | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<br>(Band, Seite)                                                                                  |
| Diss.          | Juristische Dissertation                                                                                                                       |
| DNotZ          | Deutsche Notar-Zeitschrift<br>(Jahr, Seite)                                                                                                    |
| DRiZ           | Deutsche Richterzeitung<br>(Jahr, Seite)                                                                                                       |



|              |                                                                                                                                  |
|--------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| EGBGB        | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Vom 18. August 1896 (RGBI 604)                                                   |
| FamRZ        | Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht<br>(Jahr, Seite)                                                              |
| GaststättenG | Gaststättengesetz. Vom 28. April 1930<br>(RGBI I, 146)                                                                           |
| GG           | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Vom 23. Mai 1949 (BGBI 1)                                                        |
| GlbG         | Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts. Vom 18. Juni 1957<br>(BGBI I, 609) |
| GmbH-Rdsch   | Rundschau für GmbH<br>(Jahr, Seite)                                                                                              |
| HGB          | Handelsgesetzbuch. Vom 10. Mai 1897<br>(RGBI 219)                                                                                |
| JMB1NW       | Justizministerialblatt für Nordrhein-Westfalen<br>(Jahr, Seite)                                                                  |
| JR           | Juristische Rundschau<br>(Jahr, Seite)                                                                                           |
| JW           | Juristische Wochenschrift<br>(Jahr, Seite)                                                                                       |
| JZ           | Juristenzeitung<br>(Jahr, Seite)                                                                                                 |
| KG           | Kammergericht                                                                                                                    |
| KO           | Konkursordnung. Vom 10. Februar 1877<br>(RGBI 351) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBI 612)                 |
| LG           | Landgericht                                                                                                                      |
| MDR          | Monatsschrift für Deutsches Recht<br>(Jahr, Seite)                                                                               |
| MittBayrNotV | Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins<br>(Jahr, Seite)                                                                        |



|                        |                                                                                                                               |
|------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Mot.                   | Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen<br>Gesetzbuches für das Deutsche Reich                                                  |
| n.F.                   | neuer Fassung                                                                                                                 |
| Niedersch<br>RheinNotK | Niederschriften der Rheinischen Notar-<br>kammer<br>(Jahr, Seite)                                                             |
| NJW                    | Neue Juristische Wochenschrift<br>(Jahr, Seite)                                                                               |
| OLG                    | Oberlandesgericht                                                                                                             |
| RabelsZ                | Zeitschrift für ausländisches und inter-<br>nationales Privatrecht, begründet von<br>Ernst Rabel<br>(Jahr, Seite)             |
| RdL                    | Recht der Landwirtschaft<br>(Jahr, Seite)                                                                                     |
| Recht                  | Zeitschrift "Das Recht"<br>(Jahr, Nummer der Entscheidung)                                                                    |
| RG                     | Reichsgericht                                                                                                                 |
| RGBl I                 | Reichsgesetzblatt, Teil I                                                                                                     |
| RGRK                   | Kommentar, herausgegeben von Reichsge-<br>richtsräten und Bundesrichtern                                                      |
| RGZ                    | Entscheidungen des Reichsgerichts in<br>Zivilsachen<br>(Band, Seite)                                                          |
| Rpfleger               | Der Deutsche Rechtspfleger<br>(Jahr, Seite)                                                                                   |
| RpflegerJb             | Jahrbuch des Deutschen Rechtspflegers<br>(Jahr, Seite)                                                                        |
| UWG                    | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.<br>Vom 7. Juni 1909 (RGBl 499)                                                        |
| ZGB                    | Schweizerisches Zivilgesetzbuch.<br>Vom 10. Dezember 1907                                                                     |
| ZPO                    | Zivilprozeßordnung. Vom 30. Januar 1877<br>(RGBl 83) in der Fassung der Bekanntma-<br>chung vom 12. September 1950 (BGBl 533) |



ZVG

Gesetz über die Zwangsversteigerung und  
die Zwangsverwaltung. Vom 24. März 1897  
(RGBl 97) in der Fassung der Bekannt-  
machung vom 20. Mai 1898 (RGBl 713)



Schrifttumsverzeichnis

I. Lehrbücher und Kommentare:

- |                                                                                  |                                                                                                                                            |
|----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Beitzke, Günther                                                                 | Familienrecht<br>9. Aufl., München u. Berlin, 1960                                                                                         |
| Cosack, Konrad-<br>Mitteis, Heinrich                                             | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,<br>I. Band, 8. Aufl., Jena, 1927                                                                         |
| Enneccerus, Ludwig-<br>Nipperdey, Hans Carl                                      | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen<br>Rechts, Erster Halbband<br>15. Aufl., Tübingen, 1959<br>Zweiter Halbband<br>15. Aufl., Tübingen, 1960 |
| Enneccerus, Ludwig-<br>Kipp, Theodor-Wolff,<br>Martin                            | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,<br>Vierter Band, Familienrecht<br>7. Bearbeitung, Marburg, 1931                                          |
| Erman, Walter                                                                    | Gleichberechtigungsgesetz, Neben-<br>band zum BGB-Kommentar<br>Münster, 1958                                                               |
| Kommentar, heraus-<br>gegeben von Reichs-<br>gerichtsräten und<br>Bundesrichtern | Das Bürgerliche Gesetzbuch<br>IV. Band, 1. Teil, Familienrecht<br>10. und 11. Aufl., Berlin 1960                                           |
| Krüger, Hildegard-<br>Breetzke, Ernst<br>Nowack, Kuno                            | Gleichberechtigungsgesetz<br>München und Berlin, 1958                                                                                      |
| Lehmann, Heinrich                                                                | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen<br>Gesetzbuches<br>12. Aufl., Berlin, 1960                                                               |
| Lehmann, Heinrich                                                                | Deutsches Familienrecht<br>3. Aufl., Berlin, 1960                                                                                          |
| Massfeller, Franz-<br>Reinicke, Dietrich                                         | Das Gleichberechtigungsgesetz<br>Köln-Berlin, 1958                                                                                         |
| Oertmann, Paul                                                                   | Bürgerliches Gesetz, Kommentar,<br>Allgemeiner Teil,<br>3. Aufl., Berlin, 1927                                                             |



- Palandt, Otto                      Bürgerliches Gesetzbuch  
19. Aufl., München u. Berlin, 1960
- Planck, Gottlieb                    Kommentar zum BGB nebst Einführungs-  
gesetz, IV. Band, 1. Hälfte: Familien-  
recht, 4. Aufl., Berlin und Leipzig,  
1928
- Rosenberg, Leo                    Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-  
rechts 8. Aufl, München und Berlin,  
1960
- Soergel, Theodor                   Bürgerliches Gesetzbuch nebst Ein-  
führungsgesetz, III. Band  
8. Aufl., Stuttgart und Köln, 1955
- Staudinger, Julius  
von                                  Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-  
buch mit Einführungsgesetz und Ne-  
bengesetzen I. Band, Allgemeiner  
Teil, 11. Aufl., Berlin, 1957  
II. Band, Schuldrecht, 1. Teil  
9. Aufl., München, Berlin und  
Leipzig, 1930  
IV. Band, Familienrecht, 2. Teil  
9. Aufl., München, Berlin und  
Leipzig, 1926
- Tuhr, Andreas von                  Der allgemeine Teil des Deutschen  
Bürgerlichen Rechts, I. Band  
Leipzig, 1910  
II. Band, 2. Hälfte  
München und Leipzig, 1918
- Windscheid, Bernhard-  
Kipp, Theodor                    Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Band  
9. Aufl., Frankfurt, 1906

## II. Einzelschriften und Aufsätze:

- Arnold, Egon                      Zur Neuregelung der Schlüsselgewalt  
in: FamRZ 1958, 193
- Auweder                            Gleichberechtigung und Handelsregi-  
ster in: Rpfleger 1960, 35







- Bobrowski Die Verfügungsbeschränkung über ehelichen Hausrat  
in: Rpfleger 1959, 117
- Boehmer, Gustav Gleichberechtigung der Frau im Ehe-  
recht: Eheliches Güterrecht  
in: MDR 1950, 450
- Boehmer, Gustav Einige kritische Gedanken zum Gleich-  
berechtigungsgesetz  
in: Recht und Wirtschaft, Festschrift  
für J.W. Hedemann, S, 38 ff  
Berlin, 1958
- Boehmer, Gustav Einige Fragen zur sogenannten Vinku-  
lierung des Hausrats in § 1369 BGB  
n.F.  
in: FamRZ 1959, 1
- Boehmer, Gustav Ergänzende Bemerkungen zur sogenann-  
ten Vinkulierung des Hausrats in  
§ 1369 n.F.  
in: FamRZ 1959, 81
- Bosch, Friedrich Zur Neuordnung des ehelichen Güter-  
Wilhelm rechts  
in: FamRZ 1954, 149
- Bosch, Friedrich Bemerkungen zum Gleichberechtigungs-  
Wilhelm gesetz (GlbG)  
in: FamRZ 1957, 189
- Bosch, Friedrich Freiheit und Bindung im neuen  
Wilhelm deutschen Familienrecht  
in: FamRZ 1958, 81
- Bosch, Friedrich Das neue Ehevermögensrecht, insbe-  
Wilhelm sondere das Ehegüterrecht - Grund-  
linien und Hauptprobleme  
in: FamRZ 1958, 289
- Buchwald, F. Das Anfangsvermögen nach dem Gleich-  
berechtigungsgesetz  
in: BB 1958, 493
- Cabanillas, Pio Die neue Rechtslage der Frau im  
spanischen Recht  
in: AcP 158 (1959/1960), 352



- Cuntz, Max-Ernst      Rechtsgeschäfte mit einem Ehegatten,  
der in Zugewinnngemeinschaft lebt  
in: BB 1958, 1226
- Dölle, Hans      Bemerkungen zum künftigen gesetzli-  
chen Güterstand  
in: FamRZ 1954, 205
- Dölle, Hans      Rechtsvergleichende Bemerkungen zum  
Problem des künftigen gesetzlichen  
Güterstandes in Deutschland  
in: RabelsZ 1953, 608
- Drove, Friedrich  
Karl      Die Zugewinnngemeinschaft als neuer  
gesetzlicher Güterstand, Diss.  
Köln, 1958
- Eiselt, Gerhard      Die Bedeutung des § 1365 BGB für  
Gesellschaftsverträge  
in: JZ 1960, 562
- Eppig, Brigitte      Verwaltungsbeschränkungen und Ver-  
kehrsschutz bei der Zugewinnngemein-  
schaft, Diss.  
München, 1959
- Finke, Franz-Josef      Das künftige eheliche Güterrecht  
in: JR 1957, 161
- Finke, Franz-Josef      Erläuterungen zum Gleichberechtigt-  
ungsgesetz  
in: MDR 1957, 449, 514, 577
- Fischer, Robert      Kollision zwischen Gesellschafts-  
recht und ehelichem Güterrecht  
in: NJW 1960, 938
- Flume, Werner      Eigenschaftsirrtum und Kauf  
Münster, 1948
- Frank, Adolf      Kein Gutglaubensschutz nach dem  
Gleichberechtigungsgesetz?  
in: NJW 1959, 135
- Gaa, Lothar      Die Verfügungsbefugnis der Ehegatten  
im gesetzlichen Güterstand der  
Zugewinnngemeinschaft, Diss.  
Heidelberg, 1960



- Gernhuber, Joachim      Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft  
in: FamRZ 1959, 465
- Haegele, Karl            Rechtsprechung und Literatur zur Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht  
in: DNotZ 1957, 133
- Haegele, Karl            Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen bei Zugewinnngemeinschaft im Grundstücksverkehr  
in: Rpfleger 1959, 4
- Haegele, Karl            Nochmals: Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen bei Zugewinnngemeinschaft im Grundstücksverkehr  
in: Rpfleger 1959, 242
- Haegele, Karl            Neues um § 1365 BGB im Grundstücksverkehr  
in: Rpfleger 1960, 271
- Hartung, Wolfgang      Der Schutz des guten Glaubens bei den Verfügungsbeschränkungen des Gleichberechtigungsgesetzes  
in: NJW 1959, 1020
- Kamloh                    Zur Anwendung des § 1365 BGB  
in: MittBayr-NotV 1960, 73
- Kehrer                    § 1365 BGB in der Praxis des Notars und des Grundbuchamtes  
in: Justiz 1958, 119; 1959, 34
- Knur, Alexander        Zugewinnngemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todeswegen  
in: DNotZ 1957, 451
- Knur, Alexander        Probleme der Zugewinnngemeinschaft (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen - Geisteswissenschaften - H. 83)  
Köln und Opladen, 1959



- Koeniger, Hans      Der Schutz der Familie in der Zugewinnsgemeinschaft  
in: DRiZ 1959, 372
- Kohler, Rudi      Die Maßnahmen des Unternehmers gegen  
die Risiken der Zugewinnsgemeinschaft  
in: BB 1959, 929
- Laue, Werner      Der Übernahmevertrag nach § 419 BGB  
in: AcP 146 (1941), 156
- Linderhaus      Die Verwaltungsbeschränkung des  
§ 1365 BGB bei der Grundstücksver-  
äußerung und -belastung  
in: NiederschrRheinNotK 1960, 148
- Lorenz, Werner      Die Verfügungsbeschränkungen im  
Rahmen der Zugewinnsgemeinschaft  
in: JZ 1959, 105
- Lüthgen, Heinz W.      Die Bedeutung des neuen ehelichen  
Güterrechts in einigen gesell-  
schaftsrechtlichen und erbrecht-  
lichen Fragen  
in: GmbH-Rdsch 1957, 165
- Massfeller, Franz      Das Güterrecht des Gleichberechti-  
gungsgesetzes (Schriftenreihe  
"Der Betrieb")  
Düsseldorf, 1958
- Merzbacher, Friedrich      Die Zugewinnsgemeinschaft  
in: AcP 156 (1957), 1
- Meyer, Klaus      Die Kostenhaftung nach dem neuen  
Familienrecht  
in: Rpfleger 1958, 297
- Meyer-Stolte, Klaus      Vinkulierung der Gesamtvermögensge-  
schäfte  
in: FamRZ 1959, 228
- Meyer-Stolte, Klaus      Verfügungsbeschränkung nach § 1365  
Abs.I BGB und das Grundbuchrecht  
in: Rpfleger Jb 1960, 141
- Müller-Freienfels,  
Wolfram      Die Vertretung beim Rechtsgeschäft  
Tübingen, 1955



|                                            |                                                                                                               |
|--------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Müller-Freienfels,<br>Wolftram             | Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes<br>in: JZ 1957, 685                                                |
| Neumayr, Karl H.                           | Die Kombination von Vermögenstrennung und Vermögensteilhabe im ehelichen Güterrecht<br>in: RabelsZ 1953, 376  |
| Obermüller, Walter                         | Einzelfragen der Geschäftspraxis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes<br>in: BB 1958, 535        |
| Oertmann, Paul                             | Die Rechtsbedingung<br>Leipzig und Erlangen, 1924                                                             |
| Petermann, Gerhard                         | Die Vinkulierung des Hausrats bei der Zugewinnngemeinschaft<br>in: Rpfleger 1960, 233                         |
| Pikalo, Alfred                             | Der Einfluß des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft auf das Landwirtschaftsrecht<br>in: RdL 1958, 281      |
| Raape, Leo                                 | Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches<br>Berlin, 1908                              |
| Radbruch, Gustav                           | Rechtsphilosophie<br>4. Aufl., Stuttgart, 1950                                                                |
| Reinicke, Dietrich                         | Zum neuen ehelichen Güterrecht<br>in: NJW 1957, 889                                                           |
| Reinicke, Dietrich                         | Verwaltungsbeschränkungen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft<br>in: BB 1957, 564            |
| Reinicke, Dietrich                         | Verwaltungsbeschränkungen im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und Gesellschaftsrecht<br>in: BB 1960, 1002 |
| Reinicke, Dietrich-Schwarzhaupt, Elisabeth | Die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach dem Gesetz vom 8. Juni 1957<br>Stuttgart, 1957                  |



- Reithmann, Christoph Schutz des Rechtsverkehrs bei Geschäften mit verheirateten Personen  
in: DNotZ 1961, 3
- Richter, Ernst-Günther Enthält § 419 BGB einen subjektiven Tatbestand?  
in: MDR 1953, 469
- Riedel, Fritz Die Rechtsprechung in Grundbuchsachen  
in: JZ 1959, 597
- Ripfel Rechtsgeschäfte des im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehegatten  
in: BadWNotZ 1959, 48
- Rittner, Fritz Handelsrecht und Zugewinnsgemeinschaft (I): Die Bedeutung des § 1365 BGB im Handelsrecht  
in: FamRZ 1961, 1
- Scheyhing, Robert Rückwirkende Kraft des Gleichberechtigungsgesetzes?  
in: JZ 1957, 741
- Schiffhauer, Horst Ist § 1365 Abs. I BGB auf den Teilungsversteigerungsantrag anwendbar?  
in: FamRZ 1960, 185
- Schippel, Helmut Rechtsprechung und Literatur zu § 1365 BGB n.F.  
in: DNotZ 1961, 24
- Schneider, Herbert-Zartmann, Hugo-Martin, Gustav Familienunternehmen und Unternehmer testament  
3. Aufl., Heidelberg, 1960
- Schulin, Paul Das Gleichberechtigungsgesetz und der Prozeßrichter  
in: DRiZ 1959, 76
- Schulz-Kersting, Willibald Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf den Grundbuchverkehr  
in: JR 1959, 81; 1959, 134
- Sichter mann Verfügungen über das Vermögen im ganzen nach § 1365 BGB  
in: Betr. 1959, 163



- Sohm, Rudolph                      Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung  
in: ArchfbürgRecht 28, 173
- Staudenmaier,  
Herbert                      Testamentsvollstrecker und § 1365  
BGB  
in: Rpfleger 1960, 385
- Thiele, Wolfgang                  Die Zugewinnngemeinschaft  
Hamburg, 1958
- Tiedau, Erwin                      Zur Bedeutung des Inkrafttretens  
des neuen ehelichen Güterstandes  
der Zugewinnngemeinschaft am 1. Juli  
1958, insbesondere für die anwalt-  
liche und notarielle Praxis  
in: MDR 1958, 377
- Tiedau, Erwin                      Zum neuen ehelichen Güterrecht, ins-  
besondere zu den Beschränkungen des  
§ 1365 BGB  
in: MDR 1959, 79
- Tiedau, Erwin                      Gesellschaftsvertrag und neues ehe-  
liches Güterrecht unter besonderer  
Berücksichtigung gesellschaftsrecht-  
licher Abfindungsklauseln  
in: MDR 1959, 253
- Tiefenbacher                      Die Personalgesellschaft und das  
neue eheliche Güterrecht  
in: BB 1958, 565
- Weber, Hans                      Die Zwangsvollstreckung in Mobilien  
nach dem Gleichberechtigungsgesetz  
in: Rpfleger 1959, 179
- Weimar, Robert                    Zur Anwendbarkeit des § 1365 Abs.I  
BGB auf den Teilungsversteigerungs-  
antrag  
in: NJW 1959, 1478
- Wieacker, Franz                    Zum System des deutschen Vermögens-  
rechts  
Leipzig, 1941
- Wieacker, Franz                    Sachbegriff, Sacheinheit und Sach-  
zuordnung  
in: AcP 148 (1943), 57



|                     |                                                                                                            |
|---------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Winterberg, Bruno   | Die Kontinuität der Familienunternehmung<br>in: Betr. 1958, 143                                            |
| Wörbelauer, Herbert | Zum Begriff der Verfügung über das Vermögen im ganzen<br>in: NJW 1960, 793                                 |
| Zajtay, Imre        | Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinns und régime de participation aux acquets<br>in: RabelsZ 1954, 643 |
| Ziege, Hans Joachim | Zur Auslegung des § 1369 BGB n.F.<br>in: NJW 1957, 1579; 1958, 131                                         |
| Zitelmann, Ernst    | Lücken im Recht<br>Leipzig, 1903                                                                           |
| Zunft               | Zur Auslegung des neuen § 1369 BGB<br>in: NJW 1958, 130                                                    |

### III. Anmerkungen zu Entscheidungen:

|               |                                                     |
|---------------|-----------------------------------------------------|
| Bosch         | Anmerkung zu LG Bielefeld<br>in FamRZ 1958, 376     |
| Bosch         | Anmerkung zu LG Bielefeld<br>in FamRZ 1958, 468/470 |
| Bosch         | Anmerkung zu OLG Hamm<br>in FamRZ 1959, 166         |
| Bosch         | Anmerkung zu LG Darmstadt<br>in FamRZ 1959, 240     |
| Breetzke      | Anmerkung zu OLG Hamm<br>in NJW 1960, 1466          |
| Haegele       | Anmerkung zu LG Wuppertal<br>in Rpfleger 1960, 291  |
| Haegele       | Anmerkung zu Staudenmaier<br>in Rpfleger 1960, 386  |
| Haegele       | Anmerkung zu OLG Hamm<br>in Rpfleger 1960, 224/227  |
| Hoche, Ulrich | Anmerkung zu LG Detmold<br>in NJW 1958, 2069        |



|                 |                                                 |
|-----------------|-------------------------------------------------|
| Merdsche, Fritz | Anmerkung zu LG Detmold<br>in NJW 1958, 1729    |
| Meyer           | Anmerkung zu LG Bielefeld<br>in FamRZ 1958, 468 |
| Dres.Reinicke   | Anmerkung zu BGH<br>in DN tZ 1957, 506          |
| Schulz-Kersting | Anmerkung zu LG Berlin<br>in FamRZ 1959, 67     |
| Weimar, Wilhelm | Anmerkung zu OLG Hamm<br>in NJW 1960, 2002      |

#### IV. Gesetzesmaterialien:

|                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Massfeller                                                                                       | Familienrecht<br>Frankfurt a.M. und Berlin, 1958                                                                                                                                                                  |
| Massfeller-<br>Reinicke                                                                          | Zu dem Entwurf über die Neuregelung<br>des ehelichen Güterrechts in der<br>Fassung des Unterausschusses "Fami-<br>lienrechtsgesetz" des Bundestages,<br>Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 154<br>vom 10. August 1956 |
| Motive zu dem Entwurf<br>des Deutschen Reich                                                     | eines Bürgerlichen Gesetzbuches für<br>Band IV, Familienrecht<br>Berlin und Leipzig, 1888                                                                                                                         |
| Verhandlungen des Deutschen Bundestages,<br>1953, Stenographische Berichte, Band 36,<br>11829 ff | 2. Wahlperiode<br>Bonn, 1957                                                                                                                                                                                      |
| Verhandlungen des Deutschen Bundestages,<br>1953, Anlagen zu den stenographischen<br>Berichten:  | 2. Wahlperiode<br>Band 26, Drucksache 112, Bonn 1953<br>Band 27, Drucksache 178, Bonn 1954<br>Band 27, Drucksache 3409, Bonn 1957                                                                                 |

#### V. Rezensionen:

|         |                                                                                    |
|---------|------------------------------------------------------------------------------------|
| Lehmann | zu: Müller-Freienfels, Die Vertre-<br>tung beim Rechtsgeschäft<br>in: JZ 1957, 134 |
|---------|------------------------------------------------------------------------------------|



## A. Einleitung.

Der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft birgt vielerlei neuartige Zweifelsfragen 1). Eine Quelle zahlreicher Probleme stellen die Beschränkungen eines Ehegatten in der Verwaltung seines Vermögens gem. §§ 1365 ff BGB dar. Von den beiden Verwaltungsbeschränkungen des § 1365 und des § 1369 BGB übertrifft § 1365 BGB an Wichtigkeit § 1369 BGB bei weitem. Die Vorschrift verlangt zu einem Rechtsgeschäft eines Ehegatten über sein Vermögen im ganzen die Zustimmung des anderen Ehegatten. Wenn die Bestimmung auf den ersten Blick auch harmlos und ihre Fassung klar zu sein scheint, so hat sich seit ihrem Inkrafttreten am 1. Juli 1958 doch bereits zur Genüge gezeigt, wie sehr dieser Schein trügt.

Beschränkungen der Vertragsverwaltung eines Ehegatten sind dem ehelichen Güterrecht zwar seit jeher nicht fremd 2). Es gibt auch Vorschriften, die ihrem Wortlaut nach dem § 1365 BGB sehr ähnlich sind 3). Eindeutig hat sich bisher indessen erwiesen, daß die Rechtsgrundsätze, die Rechtsprechung und Schrifttum zu den ähnlichen Bestimmungen allmählich herangezogen haben, nicht vorbehaltlos zur Deutung der neuen Verwaltungsbeschränkung herangezogen werden dürfen 4). Ihre Grundlagen und ihre Ziele sind oft von ganz anderer Art als die des § 1365 BGB. Daher über-

- 
- 1) Zur Zugewinnsgemeinschaft im älteren deutschen Recht vgl. Merzbacher, AcP 156 (1957), 1 ff; Gaa S.16; zu rechtsähnlichen Güterständen im ausländischen Recht vgl. Gaa S 18
  - 2) Z.B. die §§ 1375 ff, 1396 ff, 1444 ff BGB a.F.
  - 3) Z.B. die §§ 311, 419, 1822 Ziff. 1 BGB
  - 4) Das gilt z.B. für den Vermögensbegriff und die sog. "subjektive Theorie" in § 419 einerseits und § 1365 BGB andererseits, für den Inhalt des Rechtsgeschäftes in § 311 im Gegensatz zu § 1365 Abs. I Satz 1 BGB.

rascht es nicht, wenn zu § 1365 BGB bereits eine umfangreiche Rechtsprechung und Literatur entstanden ist.

Wie sehr sich seit dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes die Deutung des § 1365 BGB entwickelt hat, mag man aus einer rechtswissenschaftlichen Dissertation ersehen, die kurz nach dem 1. Juli 1958 erschienen ist 5). Fragen, die heute bei der Auslegung der Bestimmung an der Spitze stehen, behandelt diese Arbeit nicht oder nur am Rande 6). Sie hätte sie auch gar nicht erschöpfend behandeln können. Die Vorschriften des ehelichen Güterrechts - insbesondere auch die der Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen - hat schon im früheren Recht erst eine jahrzehntelange Praxis geklärt - und auch noch nicht erschöpfend. Aufgabe einer Untersuchung der Verwaltungsbeschränkung des § 1365 Abs. I BGB kann und darf es daher nicht sein, alle möglichen Anwendungsfälle zu erschöpfen. Das wäre auch letztlich ein nutzloses Unterfangen, weil es nicht die Erkenntnis der Vorschrift selbst vermitteln würde. Ausgangspunkt für die Untersuchung des § 1365 BGB muß vielmehr die Einsicht sein, daß eine gesetzliche Norm in aller Regel Grundlinien und Grundbegriffe enthält, die zur Lösung noch unbekannter Einzelprobleme Verwendung finden können. Diese gilt es herauszuarbeiten.

- 
- 5) Eppig, Verwaltungsbeschränkungen und Verkehrsschutz bei der Zugewinnngemeinschaft, München, 1959
  - 6) In erster Linie gilt das für den Begriff der Verfügung, der Verpflichtung und des Vermögens in § 1365 Abs. I BGB, aber auch für den Schutzzweck der Vorschrift.

## B. Hauptteil.

### § 1. Der Zweck des § 1365 BGB.

Der Zweck einer Vorschrift ist für ihre Auslegung eine unentbehrliche Richtschnur. Dies trifft gerade bei solchen Rechtsvorschriften zu, aus deren Fassung nicht ohne Schwierigkeiten zu ersehen ist, welche Sachverhalte sie betreffen will, die mithin auslegungsbedürftig sind. Nach jetzt mehrjähriger Geltung des § 1365 BGB läßt sich mit Recht sagen, daß diese Norm für die praktische Rechtsanwendung eine Fundgrube von Zweifelsfragen bildet 7). Umso größer ist das Bedürfnis, sich über den Sinn dieser Vorschrift Klarheit zu verschaffen. Man hat sich darum zwar schon oft bemüht, ohne aber eine einheitliche Antwort finden zu können 8).

Von allen Deutungsversuchen liegt der Gedanke am nächsten, die §§ 1365 ff BGB als Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau anzusehen, denn der Gesetzgeber hat die §§ 1365 ff BGB im Zusammenhang mit der Anpassung des Familienrechts, insbesondere des ehelichen Güterrechts, an Art. 3 Abs. II GG geschaffen. Diese Sinndeutung der Vorschriften hat sich jedoch nicht durchsetzen können 9). Der Grundsatz der Gleichberechtigung allein verlangt in der Tat nicht die Mitwirkung beider Ehegatten bei Rechtsgeschäften, die einer von ihnen über sein Vermögen abschließt. Dem Ziel der Gleichberechtigung entspricht am besten der Güterstand der Güter-

---

7) Hier sei z.B. nur hingewiesen auf die Schwierigkeiten, die sich für die Grundbuchpraxis aus § 1365 BGB ergeben.

8) Vgl. z.B. Knur, DNotZ 1957, 451/462; Lorenz, JZ 1959, 105; LG Oldenburg, DNotZ 1959, 204/206

9) Vgl. dazu Tiedau, MDR 1959, 79/80 unter III 1; Finke, MDR 1957, 577/579

trennung, in dem jeder Ehegatte sein Vermögen unbeschränkt verwaltet. Allein die Gütertrennung hat denn auch die Rechtsprechung nach dem 31. März 1953 mit Art. 3 Abs. II GG für vereinbar gehalten 10), denn in ihr hat jeder Ehegatte die gleiche Rechtsstellung. Die Gütertrennung ist grundsätzlich der Ausgangspunkt für die Regelung des neuen gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft geblieben. Aus dem Grundsatz der Gleichberechtigung allein läßt sich § 1365 BGB somit nicht herleiten. Trotzdem bleibt es aber denkbar, daß er im Zusammenhang mit anderen Gesichtspunkten den Sinn des § 1365 BGB mitbestimmt.

Das Grundgesetz verlangte vom Gesetzgeber aber nicht nur, auf dem Gebiete des Familienrechts die Gleichberechtigung der Geschlechter herbeizuführen, sondern auch gem. Art. 6 Abs. I GG eine der soziologischen und sittlichen Bedeutung der Familie angemessene gesetzliche Regelung zu schaffen. Der Gesetzgeber durfte also nicht bei der Durchführung der rein formalen Gleichberechtigung von Mann und Frau stehen bleiben, sondern er mußte das Wesen und die Bedürfnisse von Ehe und Familie bei seiner Regelung entscheidend mitberücksichtigen 11). Mit der Einführung des neuen gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft hat der Gesetzgeber der Erwägung Rechnung getragen, daß die rein formale Gleichberechtigung den ehelichen Bedürfnissen nicht gerecht wird und insbesondere die Mitwirkung desjenigen Ehegatten in der ehelichen Lebensgemeinschaft, der kein Ver-

---

10) Vgl. dazu Haegele, DNotZ 1957, 133 ff

11) Bosch, FamRZ 1954, 149/150; Dölle, FamRZ 1954, 205; Beitzke, FamRZ 1954, 156; Finke, JR 1957, 161

mögen hat oder erwirbt, nicht ausreichend beachtet. Aus dieser Tatsache ist zu erkennen, daß die Vorschriften des neuen gesetzlichen Güterstandes, also auch § 1365 BGB, maßgeblich auf dem allgemeinen Wesen von Ehe und Familie beruhen 12). Diese Einsicht mag zunächst überraschen, denn bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes am 1. Juli 1958 ist dem "Wesen der Ehe" ein dem § 1365 BGB entsprechender Grundsatz nicht entnommen worden. Sicherlich hätte man manche Einzelfälle mit der "Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft" in einer dem § 1365 BGB ähnlichen Weise lösen können, aber ein Rechtssatz wie § 1365 BGB hätte sich daraus nicht ableiten lassen. Die Grundsätze, die bisher aus dem "Wesen der Ehe" oder der "Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft" hatten gewonnen werden können, wurden daher jedenfalls nicht soweit wie z.B. § 1365 BGB reichen. Die Anschauung vom "Wesen der Ehe" hat sich indessen durch die Anerkennung der Gleichberechtigung der Geschlechter erheblich gewandelt. Der bisher nur sittlich verankerte Gedanke, erhebliche Entscheidungen, die die Grundlagen des ehelichen Zusammenlebens berühren, gemeinsam zu fällen, ist nunmehr auch auf rechtlichem Gebiete in den Vordergrund getreten. Dieser Gemeinschaftsgedanke hat aber nicht nur in der rechtlichen Gleichstellung beider Ehegatten seine Wurzel, sondern ebenso in der gem. Art. 6 Abs. 1 GG als besonders schutzwürdig anerkannten Einheit der Familie. An dieser doppelten Grundlage des Gemeinschaftsgedankens wird der dualistische Charakter des "Wesens der Ehe" deutlich: nämlich die Spannung zwischen der

---

12) Boehmer, FamRZ 1959, 1/3; ähnlich auch Gernhuber, FamRZ 1959, 465/468, wenn er bemerkt, § 1365 BGB wirke wegen seines Schutzzwecks bei der Zugewinnngemeinschaft "deplaziert".

Individualität des einzelnen Ehegatten und der Gemeinschaft der Familie. Für die Erfassung des vollen Sinngehalts des § 1365 BGB genügt es daher nicht, ihn nur auf das "Wesen der Ehe" im allgemeinen zurückzuführen. Eine klare Aussage über seinen Sinn wird erst die Einsicht ermöglichen, welchem Grundzug im "Wesen der Ehe" er dient. Der individuellen Rechtsstellung des einzelnen Ehegatten kommt der Vermögensschutz der Vorschrift zugute, wenn sie im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns steht. Die Gewährung des Zugewinnausgleichs soll den einzelnen Ehegatten vermögensrechtlich besser stellen, der Familie als solcher nutzt der Zugewinnausgleich nicht. Ein Zusammenhang mit ihm ist in der Weise denkbar, daß § 1365 BGB den Ausgleichsanspruch schon während Bestehens der Ehe sichert 13). Der Schutz des Vermögens kann aber auch den Zweck haben, der Familie als solcher die wirtschaftliche Grundlage zu erhalten 14), womit die Vorschrift letztlich der

- 
- 13) So Knur, DNotZ 1957, 451/462; Eppig S.13; Tiedau, MDR 1958, 377/378; 1959, 79/81; Schulin, DRiZ 1959, 76/79; Linderhaus, NiederschrRhein NotK 1960, 148/164 (zit.nach Haegele, Rpfleger 1960, 271/272 Fußn.3); AG Delmenhorst, FamRZ 1959, 243; AG Braunschweig, FamRZ 1959, 291
- 14) So Reinicke, NJW 1957, 889/890 und BB 1957, 564; Finke, MDR 1957, 514; Merdsche, NJW 1958, 1729/1730; Koeniger, DRiZ 1959, 372; Lorenz, JZ 1959, 105; Worbelauer, NJW 1960, 793/794; Fischer, NJW 1960, 937; Eiselt, JZ 1960, 562; LG Bielefeld, FamRZ 1958, 376; OLG Hamm, NJW 1959, 104 = FamRZ 1959, 166; RGRK § 1365 Anm.3; Kruger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 1; Erman-Finke § 1365 Anm. 1; so jetzt auch der nach Abschluß dieser Zeit ergangene Beschluß des BGH v. 28.4.1961, NJW 1961, 1301/1302

Familie dienen würde, also auf dem oben bezeichneten zweiten Grundzug im "Wesen der Ehe" beruhte, dessen Beachtung die Verfassung dem Gesetzgeber in Art. 6 Abs. I GG ebenso befohlen hat 15).

Eine klare Entscheidung zugunsten der Sicherung der vermögensrechtlichen Interessen des einzelnen Ehegatten oder des Schutzes der Familie ist für die Auslegung des § 1365 BGB auch dringend nötig. Seine Grundlinien und Grundbegriffe haben verschiedenen Inhalt, je nachdem in welchem Sinnzusammenhang er steht 16). Zumindest ist es erforderlich, den Vorrang eines der beiden bezeichneten möglichen Zwecke festzustellen.

Als Ansatzpunkt zur Ermittlung der wesentlichen "Schutzrichtung" des § 1365 BGB kommen die Gesetzesmaterialien zum Gleichberechtigungsgesetz in Betracht. Die amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts sagt zu § 1372 des Entwurfs (§ 1365 des Gesetzes), die Beschränkung diene dem Schutze des anderen Ehegatten, ein Ehegatte könne sonst durch ein Geschäft nach Maßgabe des § 1372 den Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten vereiteln. Bestehe eine solche Gefahr nicht, könne das Vormundschaftsgericht die Zustimmung ersetzen (§ 1372 Abs. II enthielt eine dementsprechende, von § 1365 Abs. II des Gesetzes abweichende Formulierung) 17). Diese Stelle in den Gesetzesmaterialien ist jedoch

---

15) Ob der Gesetzgeber alle Anforderungen des Grundgesetzes mit der Zugewinnungsgemeinschaft erfüllt hat, ist für § 1365 BGB nicht von Bedeutung.

16) Es sei nur hingewiesen auf den Begriff der Verfügung und der Verpflichtung und auf die Sicherung Dritter im Rechtsverkehr.

17) Vgl. Massfeller, Familienrecht S. 128

durch den schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des II. Deutschen Bundestages und der endgültigen Fassung des § 1365 Abs. II BGB überholt worden. Der Bericht des Rechtsausschusses lautet zu der strittigen Frage: "Daß der Hauptzweck (des § 1365 BGB) die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie ist, ist daraus ersichtlich, daß abgelehnt worden ist, daß die Zustimmung ersetzbar ist, wenn das Rechtsgeschäft nicht die Rechte des anderen Ehegatten auf den Ausgleich des Zugewinns gefährdet" 18). Der Abänderung des § 1372 Abs. II des Regierungsentwurfs ist daher zu entnehmen, daß der Gesetzgeber dem Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie den Vorrang vor der Sicherung des Anspruchs auf den Ausgleich des Zugewinns eingeräumt hat. Die Gesetzesmaterialien stützen somit den Vorzug der Sicherung des Ausgleichsanspruchs nicht. Es fragt sich dann aber auch, ob das Gesetz selbst diese Einstellung seiner Verfasser zweifelsfrei zum Ausdruck bringt. Man glaubt nämlich, der Vorrang des Ausgleichsanspruchs sei im Gesetz schon deshalb begründet, weil die §§ 1365 ff BGB in die Regeln über den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft eingeordnet seien. Hätte der Gesetzgeber etwa - so wird argumentiert 19) - die wirtschaftliche Grundlage der Familie sichern wollen, dann hätte er die Vinkulierung der Gesamtvermögensgeschäfte eigentlich unter die allgemeinen Wirkungen der Ehe (§§ 1353 - 1362 BGB) einordnen müssen. Infolge ihres jetzigen systematischen Standortes könnten

---

18) Drucksachen des II. Deutschen Bundestages Nr. 3409, S.6; vgl. auch Massfeller-Reinicke, Bundesanzeiger Nr. 154, 1956; Massfeller, Familienrecht S. 329/330

19) Vgl. Ziege, NJW 1957, 1579

sie nur mit dem Zugewinnausgleich in Verbindung gebracht werden. Im Gegensatz zu ihnen stehe etwa § 1361 a BGB. Die Pflicht, das Vermögen in ordnungsmäßiger, die Interessen der Familie schonender Weise zu verwalten, ergebe sich im übrigen aus § 1353 BGB. Sollte § 1365 BGB auch dieses Ziel verfolgen, müßte er auch bei der Gütertrennung gelten. Das sei aber nicht der Fall 20). Diese Begründung läßt sich noch mit § 1414 Satz 2 BGB unterstützen. Danach gelten sämtliche Vorschriften der Zugewinnsgemeinschaft nicht, und es tritt Gütertrennung ein, wenn der Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen wird. Diese Regelung konnte dafür sprechen, § 1365 BGB nur mit dem Zugewinnausgleich in Verbindung zu bringen.

Die Folgerung aus der systematischen Einordnung der §§ 1365 ff BGB ist überwiegend abgelehnt worden. Mit Recht heißt es, daß die Regeln der Zugewinnsgemeinschaft die für den Normalfall - der gesetzliche Güterstand wird immer der häufigste, die Mehrzahl aller Ehen umfassende Güterstand sein - als wünschenswert erachtete Bindung der Ehegatten darstellen 21). Die Einordnung der §§ 1365 ff BGB in den Rahmen der Zugewinnsgemeinschaft ist schon deshalb erforderlich gewesen, weil die §§ 1415 ff BGB ebenfalls Beschränkungen aufweisen. Wenn die §§ 1365 ff BGB für die Alleinverwaltung bei der Gütergemeinschaft und für die Gütertrennung nicht gelten, so folgt daraus noch nicht, daß das Gesetz in diesen Güterständen eine entsprechende Bindung nicht will. An einer Bindung fehlt es in diesen Fällen deshalb, weil sie durch Ehevertrag,

---

20) Vgl. Ziege NJW 1957, 1579 und 1958, 131 für § 1369 BGB

21) Lorenz, JZ 1959, 105; Petermann, Kpfleger 1960, 233 für § 1369 BGB

also durch freiwillige Ubereinkunft der Ehegatten, durch die die Zugewinnngemeinschaft ausgeschlossen oder Gutergemeinschaft eingeführt wird, beseitigt wird. Mehr als eine freiwillige Zustimmung des anderen Ehegatten setzen aber auch die §§ 1365 ff BGB nicht voraus 22). Jene Vorschrift stellt nur die für alle ehelichen Güterstände geltenden Grundsätze auf. Darüberhinaus konnte der Gesetzgeber in einem bestimmten Güterstand einen weiterreichenden Schutz der Familie gewähren. Die Stellung der §§ 1365 ff BGB im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft schließt es daher keineswegs aus, daß sie dem Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie dienen.

Es stoßt ebenfalls auf Bedenken, den vorrangigen Schutz des Ausgleichsanspruchs aus § 1386 Abs.II Ziff. 1 BGB herzuleiten 23). Nach dieser Vorschrift kann der andere Ehegatte auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns klagen, wenn der eine Ehegatte ein Geschäft vornimmt, das unter § 1365 Abs.I BGB fällt. Das Gesetz erblickt hierin eine erhebliche Gefährdung des Ausgleichsanspruchs. Also trotz des § 1365 BGB! Das Gesetz legt dem durch § 1365 BGB möglicherweise gewährten Schutz des Ausgleichsanspruchs demnach keinen großen Wert bei. Sonst hatte es die Möglichkeit der vorzeitigen Klage auf den Ausgleich des Zugewinns wohl nicht gewährt. Aus der besonderen Regelung des Schutzes des Ausgleichsanspruchs in den §§ 1386 - 1390 BGB läßt sich demnach mit Recht entnehmen, daß die §§ 1365 ff BGB diesen Schutz nicht (in erster Linie) bezwecken wollen 24).

Könnte man aber nicht vielleicht daraus eine Ant-

---

22) Bobrowski, Rpfleger 1959, 177 für § 1369 BGB

23) Beitzke, Familienrecht § 13 II, S. 65

24) Vgl. Boehmer, FamRZ 1959, 1/3 ff für § 1369 BGB

wort gewinnen, daß § 1365 BGB nur sehr unvollkommen den anderen Schutzzweck - die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie - erfüllt und daß er bisweilen sogar ins Leere trifft, wenn er Vermögen vinkuliert, das gar nicht der wirtschaftlichen Existenz der Familie dient? Der Wechsel des Arbeitsplatzes z.B. kann manchmal weit schwerere Folgen für die materielle Existenz der Familie haben als ein Geschäft eines Ehegatten über sein Vermögen im ganzen. Oder warum sollte dem Ehegatten, der im Vergleich zu seinem Partner ein für die Existenz der Familie unbedeutendes Vermögen besitzt, die freie Verfügung darüber verwehrt werden?

Dieselben Einwände lassen sich indessen auch gegenüber dem Gedanken der Sicherung des Ausgleichsanspruchs erheben. Es ist es widersinnig, bei Geltung dieses Schutzzwecks auch entgeltliche Geschäfte mit § 1365 BGB zu erfassen, wie es die herrschende Meinung vertritt 25), wenn die Anwendbarkeit des § 1365 BGB hier vielleicht auch deswegen gerechtfertigt erscheinen mag, weil die besonders leichte Verbrauchbarkeit des erzielten Erlöses den anderen Ehegatten stark gefährdet 26). Vor allem aber zeigen gerade die §§ 1375 Abs.II Ziff. 1, 1386 Abs.II Ziff.2, 1390 BGB, daß das Gesetz bei entgeltlichen Geschäften den Ausgleichsanspruch nicht als gefährdet betrachtet. Sinnwidrig wäre es weiterhin, das in § 1365 BGB auch auf das "Anfangsvermögen" erstrecken würde, das doch für den Ausgleichsanspruch nicht in Betracht kommt (§§ 1373, 1374 BGB) 27). Andererseits wurde § 1365 BGB wertvolle, für den Ausgleichsanspruch wichtige Gegenstände nicht erfassen. Man kann auch keineswegs behaupten, daß in der überwiegenden Mehrzahl aller Ehen das Vermögen erst während

25) Vgl. BayObLG, FamRZ 1960, 31

26) Boehmer, Festschrift für Hedemagnus 38/40 u.11

27) LG Oldenburg, DNotZ 1959, 204/206

der Ehe erworben wird, nur dann wurde nämlich eine schematische Gleichbehandlung aller Fälle gerechtfertigt sein und § 1365 BGB "passen". Ebenso wie es ungewiß ist, ob das Vermögen eines Ehegatten wirklich einmal die wirtschaftliche Grundlage der Familie sein wird, ist es unsicher, ob ein Ausgleichsanspruch jemals entstehen wird; das ist z.B. ausgeschlossen, wenn der andere Ehegatte vorverstirbt. Diese Fragen zeigen aber nur, daß der Gesetzgeber - wie gesagt worden ist 28) - keinen der beiden möglichen Zwecke mit "teleologischer Konsequenz" durchgeführt hat. Dazu muß man jedoch wieder ergänzend sagen "nicht hat durchführen wollen". Denn der Gesetzgeber mußte den Bereich des § 1365 BGB aus Rücksicht auf andere Interessen, nämlich auf die des Rechtsverkehrs und auf die rechtsgeschäftliche Bewegungsfreiheit des Ehegatten, beschränken. Eine unbeschränkte Durchführung des Familieninteresses oder des Schutzes des Ausgleichsanspruchs wäre unmöglich gewesen.

Die Argumente zugunsten des Vorrangs der Sicherung des Ausgleichsanspruchs haben sich somit nicht als stichhaltig erwiesen. Die Bestätigung dafür, daß dem § 1365 BGB dieser Schutzzweck nicht in erster Linie zugrundeliegen kann, findet sich zunächst schon in der Beschränkung der Vorschrift auf das Vermögen im ganzen. Infolge dieser Beschränkung kann die Bestimmung nur die Erhaltung eines Vermögensgrundstockes gewährleisten, der Ausgleichsanspruch wurde demnach nur in alizu begrenztem Umfange gesichert. Sinnvoll bleibt aber das Ziel, den Vermögensgrundstock zu erhalten, wenn man damit die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie bewahren will. Nur diese Zwecksetzung kann auch das Mittel rechtfertigen, das der Gesetzgeber ihrerwegen angewandt hat: Das Gesetz erklärt die Rechtsgeschäfte nach § 1365 BGB kategorisch

---

28) Boehmer, Festschrift für Hedemann S.38/42 u.IV

für unwirksam, es legt der Vorschrift eine "dingliche" Wirkung bei. Der Schutz des guten Glaubens Dritter kommt - was hier vorweg gesagt werden soll - nur in ganz beschränktem Maße in Frage 29). Den Ausgleichsanspruch dagegen faßt das Gesetz rein schuldrechtlich auf - einen schuldrechtlichen Anspruch zieht das Gesetz den Verkehrsinteressen aber grundsätzlich nicht vor 30). Der Schutzzweck des § 1365 BGB kann daher nicht in der Sicherung des Ausgleichsanspruchs bestehen, er kann nur in der Erhaltung der materiellen Existenzgrundlage der Familie liegen 31). Dafür spricht auch § 1368 BGB. Dieser räumt nicht nur dem anderen Ehegatten allein Rechte ein - das müßte der Fall sein, wenn der andere Ehegatte bzw. sein Ausgleichsanspruch geschützt werden sollte -, sondern beiden Ehegatten 32). Auch ein Vergleich mit den Vorbildern des § 1365 BGB bestätigt diese Sinndeutung: Den Schutzzweck der §§ 1444 BGB a.F., 1423 BGB n.F. sieht die herrschende Meinung ebenfalls in der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie 33).

Diesem Zweck gebührt daher unabweislich der Vorrang vor dem Schutz des Ausgleichsanspruchs. Zu seinen Gunsten ist eine Bindung eines Ehegatten hinsichtlich seines Vermögens im ganzen aber nur dann berechtigt, wenn er auch verpflichtet ist, sein Vermögen der wirtschaftlichen Existenz seiner Familie zu widmen. Dieser notwendige Rechtsgrund

---

29) Siehe dazu S 25

30) Vgl. etwa den Eigentumserwerb des Dritten an der einem anderen verkauften Sache oder überhaupt die Inkongruenz zwischen rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen, z.B. bei den Rechtsgeschäften des im Innenverhältnis gebundenen Prokuristen.

31) So auch Lorenz, JZ 1959, 105; Petermann, Rpfleger 1960, 233/234

32) OLG Hamm, Rpfleger 1959, 349

für § 1365 BGB wird in der Diskussion über seinen Schutzzweck allgemein übersehen oder als selbstverständlich hingenommen. Den Rechtsgrund dieser Verpflichtung eines Ehegatten spricht § 1360 Satz 1 BGB aus. Inhalt dieser Verpflichtung ist nun nicht nur, das Vermögen erst dann im Interesse der Familie einzusetzen, wenn auf es als Existenzgrundlage zurückgegriffen werden muß, weil andere Mittel fehlen, sondern gerade das Vermögen im Hinblick auf eine mögliche, zukünftige Beanspruchung im Interesse der Familie zu erhalten und es ihr nicht zu entziehen 34). Daraus folgt, daß § 1365 BGB nicht erst dann eingreift, wenn das Vermögen auch tatsächlich die materielle Existenzgrundlage der Familie bildet, wie etwa bei einem Erwerbsgeschäft, das das Vermögen im ganzen darstellt, sondern immer dann, wenn das Vermögen im ganzen ange- tastet werden soll, mag es auch im Verhältnis zu dem Vermögen des anderen Ehegatten unbedeutend sein. Es kommt daher nicht darauf an, ob das Vermögen tatsächlich die wirtschaftliche Grundlage darstellt. Der in der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie erkannte Zweck des § 1365 BGB darf nicht dazu verleiten, die tatsächliche "wirtschaftliche Grundlage" als Tatbestandsmerkmal der Vorschrift anzusehen 35) - das Gesetz spricht nur vom "Vermögen im ganzen". Im Gegenteil, der Zweck des § 1365 BGB weist gerade in die Zukunft. Für die Zukunft soll der Familie ein Vermögensgrundstock gesichert werden. Deshalb dient auch das Vermögen im ganzen, das gegenwärtig (noch) nicht die tatsächliche wirtschaftliche Grundlage

---

33) RGZ 94, 314 ff; Staudinger-Engelmann (10. Aufl., 1926) § 1444 Anm.1; RGRK (9. Aufl., 1940) § 1444 Anm.1; Reinicke, DNotZ 1957, 505/507

34) Erman-Finke § 1364 Anm.2

35) Vgl. Wörbelauer, NJW 1960, 793/795

der Familie darstellt - weil die Ehegatten z.B. genügend verdienen - der Sicherung der Existenzgrundlage der Familie 36).

Ergebnis der Erörterungen über den Zweck des § 1365 BGB ist nach alledem, daß die Vorschrift die wirtschaftliche Grundlage der Familie und damit letztlich diese selbst schützt. Sie beruht also auf dem "Wesen der Ehe" als der Gemeinschaft der Familie. Zugleich verwirklicht sie auch auf dem Teilgebiete der Gesamtvermögensgeschäfte den Gemeinschaftsgedanken und ist damit Ausdruck einer "materiellen" Gleichberechtigung beider Ehegatten. Diese Feststellung besagt indessen nicht, daß dem § 1365 BGB für den individualistischen Grundzug im "Wesen der Ehe" keine Bedeutung zukommt. Auch den eigennützigen vermögensrechtlichen Interessen des einzelnen Ehegatten nützt die Vorschrift, weil in aller Regel der Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie zugleich auch den Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns sichert. Ob man diese Wirkung als Zweck der Vorschrift bezeichnet oder nur als tatsächliche Folge, bleibt letztlich gleich. Soll auch sie als "Zweck" gewollt sein, ist sie jedenfalls nur "akzessorisch" zum primären Zweck des Familienschutzes, d.h. sie soll den vermögensrechtlichen Interessen des einzelnen Ehegatten nur insoweit dienen, als die Vorschrift den Familienschutz bezweckt.

Auf welche Weise das Gesetz die Zwecksetzung des § 1365 BGB verwirklicht, ist im folgenden zu untersuchen.

---

36) Näheres darüber folgt bei der Erörterung des Vermögensbegriffes auf S. 75 ff

## § 2. Die Rechtsnatur der §§ 1365 ff BGB.

Wie die Ausdrucksweise des Gesetzes in § 1365 Abs. I Satz 1 BGB mit der Wendung "sich verpflichten zu verfügen" ergibt, knüpft die Vorschrift an rechtsgeschäftliche Maßnahmen eines Ehegatten über sein Vermögen im ganzen an. Einen unmittelbaren Schutz kann das bürgerliche Recht ja auch nur insoweit gewähren, als es Vorgängen, die seiner Anerkennung bedürfen, die Anerkennung versagt. Einen Ehegatten etwa für schadensersatzpflichtig zu erklären, nutzt der Familie nichts mehr, wenn das Vermögen erst einmal beeinträchtigt ist. Deswegen hat das Gesetz auch eine nur obligatorische Bindung des Ehegatten für unzureichend gehalten und zu einem anderen Mittel gegriffen, um die wirtschaftliche Grundlage der Familie zu sichern. Die Bedeutung des § 1365 Abs. I BGB liegt also nur im rechtsgeschäftlichen Bereich.

Das bürgerliche Recht hat verschiedene Möglichkeiten, die Gültigkeit rechtsgeschäftlicher Maßnahmen eines Ehegatten zu verhindern:

Es kann an der Person des Ehegatten anknüpfen, indem es diesen in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so daß er keine Rechtsgeschäfte mehr selbständig abschließen kann. Weiterhin kann es die Befugnisse des einen Ehegatten beschränken, indem es den anderen Ehegatten an seinen Rechten dinglich beteiligt oder ihm die aus seinen Rechten fließende Verfügungsmacht ganz oder teilweise entzieht. Das Gesetz kann ferner bestimmte Voraussetzungen für Rechtsgeschäfte aufstellen, indem es diese bei einem Fehlen dieser Voraussetzungen nicht sanktioniert, oder es kann bestimmte Rechtsgeschäfte schlechthin verbieten. Die einzelnen Möglichkeiten unterscheiden sich nach dem Grade ihrer Wirkung, der Intensität des Eingriffs in den Rechtsbereich des Betroffenen und den Folgen für beteiligte Dritte. Welche Möglichkeit das Gesetz wählen kann, ist verschieden, je nachdem ob das betroffene

Rechtsgeschäft eine Verpflichtung oder eine Verfügung ist.

Die Erkenntnis der Rechtsnatur der §§ 1365 ff BGB hat nicht nur dogmatische Bedeutung. Sie ist auch deswegen wertvoll, weil sie das Problem des Schutzes des guten Glaubens Dritter, in deren Rechtsstellung die §§ 1365 ff BGB unter Umständen eingreifen, systematisch klärt.

I. Die Rechtsnatur der Beschränkung in § 1365 Abs. I Satz 1 BGB.

Da § 1365 Abs. I Satz 1 BGB sich gegen eine Verpflichtung eines Ehegatten wendet, müssen die Möglichkeiten ausscheiden, die nur die Verfügung einschränken können, also die zweite Gruppe der oben zusammengefaßten Möglichkeiten. Es bleibt danach zunächst übrig, in der Beschränkung der Verpflichtung eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zu sehen. Diese war dem ehelichen Güterrecht vor dem Inkrafttreten des BGB nicht unbekannt, vgl. Art. 200 EGBGB. Das BGB a.F. kannte eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit im Zusammenhang mit einem Güterstand jedoch nicht mehr. Man kann auch nicht annehmen, daß das Gleichberechtigungs-gesetz sie wieder eingeführt hat. Die Geschäftsfähigkeit zu beschränken, bedeutet einen tiefen Eingriff in den Persönlichkeitsbereich des Betroffenen. Das BGB greift zu dieser Beschränkung nur, wenn ein in der Person des Betroffenen liegender Umstand sie erfordert, wie die §§ 104 ff, 6 BGB zeigen. § 1365 BGB knüpft dagegen allein an einen außerhalb der Person des Ehegatten liegenden Umstand an, nämlich an die als schutzbedürftig anerkannte Vermögensgrundlage der Familie. Die Einschränkung der Verpflichtungsfähigkeit stellt daher keine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit dar. Es lassen sich auch andere ausreichende Erklärungen für die Regelung des § 1365 Abs. I Satz 1 BGB finden. Eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit

durch § 1365 Abs. I Satz 1 BGB wird auch einstimmig abgelehnt 37).

Soweit in Rechtsprechung und Lehre überhaupt versucht wird, die §§ 1365 BGB zu charakterisieren, bezeichnet man sie als "absolute Veräußerungsverbote" 38). Faßt man den Bestandteil "Veräußerung" in diesem Begriff genau auf, nämlich als Synonym für Verfügungsgeschäft, dann läßt sich dadurch § 1365 BGB allenfalls nur insoweit erklären, als er sich auf das Verfügungsgeschäft bezieht, also nur § 1365 Abs. I Satz 2 BGB. Der Begriff "Veräußerungsverbot" wird jedoch nicht in diesem genauen Wortsinne gebraucht, man dehnt ihn auch auf die Fälle aus, die auch die Verpflichtung betreffen 39). Dann deckt er sich mit dem Begriff des "gesetzlichen Verbotes" in § 134 BGB, von dem das (absolute) Veräußerungsverbot ein Unterfall ist. Im Interesse einer genauen Ausdrucksweise sollte man bei dem Verbot eines Verpflichtungsgeschäftes nur von "gesetzlichem Verbot" sprechen. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob § 1365 Abs. I Satz 1 BGB ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB ist, wie weithin gesagt wird 40).

Nach einhelliger Ansicht liegt ein gesetzliches Verbot nur dann vor, wenn ein Geschäft, obgleich die allgemeinen Voraussetzungen seiner gültigen

---

37) RGRK § 1365 Anm. 4

38) Eppig S. 39, 44; Boehmer, Festschrift S. 38/43; vgl. auch Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 3; RGRK § 1365 Anm. 14; Reinicke, BB 1957, 564/566; Gaa S. 139

39) Vgl. Lehmann § 29 III 2; z. B. sind bei verbotenen Devisengeschäften Verpflichtung und Erfüllung nichtig.

40) Vgl. die in Fußn. 2 Genannten

Vornahme gegeben sind, doch deshalb für unwirksam erklärt wird, weil es wegen seiner besonderen Eigenart einen von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg fördern würde 41). Solche Verbotsbestimmungen befinden sich in der Hauptsache in öffentlich-rechtlichen Gesetzen, weniger im BGB. Zu ihnen gehören auch die absoluten Veräußerungsverbote. (i.e.S.), die im allgemeinen Interesse die Veräußerung verbieten 42). Hiermit stimmt auch Raapes Definition des (absoluten) Veräußerungsverbotes überein. Raape verlangt ebenfalls ein an sich gültiges Rechtsgeschäft als Voraussetzung eines Veräußerungsverbotes 43), er weicht aber insofern von der obigen Bestimmung ab, als er ein (absolutes) Veräußerungsverbot auch dann bejaht, wenn nicht die Allgemeinheit, sondern nur einzelne Personen geschützt werden sollen. Kriterium ist für Raape die absolute Wirkung, nicht der Schutz der Allgemeinheit 44). Übereinstimmung besteht danach insoweit, als das Rechtsgeschäft, das "verboten" werden soll, nicht schon aus einem anderen Grunde ungültig sein darf. Damit ergibt sich für das Zustimmungserfordernis des § 1365 Abs.I Satz 1 BGB die Frage, ob dieses Erfordernis nicht bereits eine "allgemeine" Voraussetzung des Rechtsgeschäfts ist, ob - anders ausgedrückt - das Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Zustimmung ein an sich vollständiger, von der Rechtsordnung anerkannter gültiger rechtsgeschäftlicher Tatbestand ist.

Man könnte zunächst behaupten, ein Rechtsgeschäft ohne die nach § 1365 Abs.I Satz 1 BGB erforder-

---

41) Lehmann § 29 III 1; Enneccerus-Nipperdey § 144 II 1; v.Tuhr II, 2 S.10

42) Enneccerus-Nipperdey § 190 I, z.B.die §§ 29, 30 Gaststätten G; vgl.auch § 12 UWG, § 289 AktG

43) Raape S.21

44) Raape S.97,98

liche Zustimmung sei kein vollständiges Rechtsgeschäft, es fehle bereits an einem "Rechtsgeschäft" für die Anwendung des § 134 BGB. Dafür wäre Voraussetzung, daß die Zustimmung Bestandteil des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts wäre. Diese Betrachtung fordert zu einem Vergleich mit der Anschauung vom Inhalt des Rechtsgeschäftes bei der Vertretung kraft Vollmacht auf. Müller-Freienfels vertritt hier im Anschluß an eine ältere Lehre die Ansicht, die Bevollmächtigung sei Bestandteil des Vertretergeschäftes 45). Das Zustimmungserfordernis zu einem Rechtsgeschäft ist in wesentlichen Punkten dem Erfordernis der Vertretungsmacht ähnlich. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen bei der Zustimmung sind die gleichen wie bei der Vertretungsmacht, der Mangel der Zustimmung löst die gleichen Folgen wie der Mangel der Vertretungsmacht aus, soweit es sich um das Vertretergeschäft bzw. das zustimmungsbedürftige Geschäft handelt. Hier wie dort fehlt es an einem Schutz des guten Glaubens an das fehlende Erfordernis. Ein grundlegender Unterschied besteht allerdings insoweit, als bei der Vertretung die Wirkung des Rechtsgeschäftes für den Vertretenen in Frage steht, während bei der Zustimmung der das Geschäft abschließende Ehegatte selbst unmittelbar berührt wird. Dieser Unterschied ist aber bei der Zustimmungsbefähigung nach § 1365 BGB wieder nicht so erheblich, da hier auch die Interessen des Zustimmungsberechtigten - wenn auch nur mittelbar - berührt werden. Zumindest für diesen Fall der Zustimmungsbefähigung ist daher ein Vergleich mit der Bevollmächtigung begründet 46). Die Ähnlichkeit bei-

---

45) a.a.O., S.190 ff, 212 ff

46) Vgl. die verschiedenen Arten der Zustimmungsbefähigung bei Enneccerus-Nipperdey § 204 I, insbesondere unter I 4

der Rechtsformen ist denn auch allgemein anerkannt 47). Folgt man diesem Vergleich, dann fehlt es nach der Lehre von Müller-Freienfels bei einem Mangel der Zustimmung an einem wesentlichen Bestandteil des Rechtsgeschäftes, mithin für § 134 BGB an einem Rechtsgeschäft. Danach ist § 1365 Abs.I Satz 1 BGB kein gesetzliches Verbot, sondern eine "allgemeine" Vorschrift für Rechtsgeschäfte der betroffenen Art. Die herrschende Meinung hat die Lehre von Müller-Freienfels nicht übernommen 48). Nicht jede Voraussetzung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes ist essentieller Bestandteil dieses Rechtsgeschäftes 49). Als Rechtsgeschäft wird nur derjenige (eine Willenserklärung enthaltende) Tatbestand, den die Rechtsordnung als den Grund der (als gewollt bezeichneten) Rechtswirkung betrachtet, angesehen. Die herrschende Meinung entnimmt den §§ 166, 177 BGB, daß das Gesetz für das Vertretergeschäft diesen Rechtsgeschäftsbegriff voraussetzt. Das Gesetz faßt in den genannten Bestimmungen das Vertretergeschäft ebenso wie die Bevollmächtigung als selbständige Rechtsgeschäfte auf. Ob Müller-Freienfels darin Recht zu geben ist, daß das BGB das Vertretergeschäft nicht folgerichtig aufgebaut hat, läßt die herrschende Meinung dahingestellt. Da sich seine Lehre schlecht in das geltende System einfügen läßt - was Müller-Freienfels dazu nötigt, z.B. den § 167 Abs.I und Abs.II seinerseits durch Hilfskonstruktionen zu erklären - und in den Fällen der §§ 181, 181 BGB sogar die Interessenbewertung verschieben würde 50), soll ihr hier nicht gefolgt werden.

---

47) Enneccerus-Nipperdey § 184 II

48) Lehmann, JZ 1957, 134; Enneccerus-Nipperdey §§ 194 II 2; 178 IV; 182 II b; 184 Fußn.5; 204 I 2

49) Enneccerus-Nipperdey § 145 II B 3

50) Lehmann, JZ 1957, 134

Im Gegensatz zu Müller-Freienfels erblickt die herrschende Lehre in der Bevollmächtigung - und auch in der Zustimmung zu einem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft - eine vom Gesetz besonders verlangte Voraussetzung zur Gültigkeit 51). Sie folgt damit der von Oertmann vertretenen Lehre von den "Rechtsbedingungen", die dieser in Gegensatz zu den "Tatbestandselementen" eines Rechtsgeschäftes herausstellte 52). Nach der Meinung der herrschenden Lehre bedeutet demnach das Zustimmungserfordernis die Aufstellung einer Rechtsbedingung. Diese entscheidet damit bereits über das "Ob" der Rechtsgültigkeit. Es bedarf somit zur Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes keines gesetzlichen Verbotes mehr. Die Aufstellung einer Rechtsbedingung als gesetzliches Verbot zu bezeichnen, geht nicht an. Die Rechtsbedingung ist vielmehr ein vor einem gesetzlichen Verbot rangierendes Element der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes, mithin eine "allgemeine" Voraussetzung der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes. Nicht jedes nichtige Rechtsgeschäft ist daher "verboten" 53). Daß das Gesetz die Zustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäftes ansieht, bestätigt die Formulierung von § 1366 BGB. Das Gesetz spricht hier - ebenso wie in den §§ 107 ff, 177 ff BGB - von "unwirksam" und "widerrufen". Die Vergleichsfälle sind daher offenkundig keine Unterfälle zu § 134 BGB. Die Einschränkung der Verpflichtungsfähigkeit in § 1365 Abs. I Satz 1 BGB stellt daher kein gesetzliches Verbot, also auch kein (absolutes) Veräußerungsverbot dar, vielmehr verlangt das Gesetz mit der Zustimmung eine zusätzliche ("allgemeine") Voraussetzung für die Wirksamkeit der betroffenen

---

51) Lehmann § 37 I 1

52) Oertmann, Die Rechtsbedingung S. 10, 207 ff

53) Lehmann § 29 III 1

Rechtsgeschäfte 54).

II. Die Rechtsnatur der Beschränkung in § 1365 Abs.I Satz 2 BGB.

Während § 1365 Abs.I Satz 1 BGB die Verpflichtung für zustimmungsbedürftig erklärt, betrifft § 1365 Abs.I Satz 2 BGB das Erfüllungsgeschäft. Dieses wird in der Regel aus einer bzw. mehreren Verfügungen bestehen (vgl. § 1368 BGB, der an die Unwirksamkeit der "Verfügung" anknüpft). Gegenstand der Zustimmung ist wieder ein Rechtsgeschäft. Da Satz 2 die Veräußerung (im engeren Sinne) beschränkt, konnte der Gesetzgeber zu ihrer Einschränkung auch die Rechtsformen verwenden, die sich nur auf Verfügungen beziehen können: die Vergemeinschaftung der Rechte beider Ehegatten oder Verfügungsbeschränkungen im eigentlichen Sinne des Wortes 55). Die erste Möglichkeit scheidet aus, da § 1363 Abs.II Satz 1 BGB ausdrücklich bestimmt, daß die Rechte beider Ehegatten nicht gemeinschaftlich werden. Es bleibt daher nur übrig, in § 1365 Abs.I Satz 2 BGB eine Verfügungsbeschränkung zu sehen. Das Wesen einer Verfügungsbeschränkung liegt darin, daß dem Rechtsinhaber die aus dem Recht fließenden Befugnisse ganz oder wenigstens zum Teil entzogen werden. Es kennzeichnet daher eine Verfügungsbeschränkung - was Raape herausgearbeitet hat 56) -, daß die Beschränkung nicht schon im Wesen des Rechts selbst liegt, sondern erst "nachträglich" erfolgt. Raape sagt: Die Beschränkung muß "singular" sein 57). Raape hat weiterhin - auch hierbei folgt ihm die herrschende Meinung - aufgezeigt, daß Veräußerungsverbote und Verfügungsbeschränkungen identisch sind, soweit

---

54) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 144 II 1 Fußn.5

55) Zu einer "unveräußerlichen Sache" ist das Vermögen dagegen nicht gemacht.

56) S. 82 ff

57) S. 82 f

die Verfügung in Frage steht 58). Die überwiegende Ansicht, die in den §§ 1365 ff BGB Veräußerungsverbote sieht, charakterisiert demnach auch § 1365 Abs.I Satz 2 BGB als Verfügungsbeschränkung 59). Sie ist dann gezwungen weiter zu prüfen, ob es sich um absolute oder um relative Verfügungsbeschränkungen handelt 60).

Sicherlich läßt sich die Rechtsnatur des § 1365 Abs.I Satz 2 BGB auf diese Weise erfassen. Sieht man jedoch - wie oben - § 1365 Abs.I Satz 1 BGB nicht als Veräußerungsverbot an, dann erscheint es folgerichtiger, Satz 2 nicht als Verfügungsbeschränkung einzuordnen. § 1365 Abs.I Satz 2 BGB steht nämlich zu Satz 1 in einem subsidiären Verhältnis. Satz 2 greift nur dann ein, wenn eine unwirksame Verpflichtung erfüllt werden soll. Er ist daher ein "Auffangtatbestand" für Satz 1. Beide Regelungen verfolgen also den gleichen Zweck. Es wäre deshalb in der Sache nicht begründet, wenn man zu dem Ergebnis käme, daß das Gesetz zur Erreichung desselben Zweckes zwei verschiedene rechtstechnische Mittel angewandt hätte. Nicht als Verfügungsbeschränkungen sind daher solche Beschränkungen anzusehen, die eine Verfügung für zustimmungsbedürftig erklären, um den wirtschaftlichen Erfolg einer zustimmungsbedürftigen Verpflichtung auszuschließen. Diese Beschränkungen bilden zusammen mit denen der Verpflichtungsfähigkeit eine besondere Gruppe. Es kennzeichnet diese Gruppe, daß nicht an die Befugnisse auf Grund eines Rechts eine Beschränkung angeknüpft wird, sondern daß das Gesetz für bestimmte Rechtsgeschäfte ein zusätzliches Erfordernis zu ihrer Wirksamkeit verlangt. Mit dieser Charakterisierung lassen sich die Beschränkungen der Verpflichtungs- und der Verfügungsgeschäf-

---

58) Enneccerus-Nipperdey § 144 II 1 Fußn.5

59) RGRK § 1365 Anm.1

60) Vgl. etwa Eppig S 39, 44 ff

te in derselben Weise erklären.

Daraus ergeben sich zwei Vorteile: Da § 1365 Abs.I Satz 2 BGB die Verfügungsmacht nicht berührt, stellt sich die Frage gar nicht erst, ob ein absolutes oder relatives Veräußerungsverbot vorliegt 61). Ebenso entfallen sämtliche Erwägungen über die Anwendbarkeit der Regeln über den Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsmacht, also die §§ 932, 892, 135 Abs.II BGB, 366 HGB 62). Man kann deshalb auch nicht zu dem seltsamen Ergebnis kommen, daß eine Verfügung infolge Gutglaubensschutzes wirksam ist, aber wegen Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes nach § 812 Abs.I Satz 1 kondizierbar 63). Zu diesem Ergebnis kam man im Falle des § 1444 BGB a.F., wenn der Ehemann ein noch auf seinen Namen im Grundbuch eingetragenes Grundstück des Gesamtguts veräußerte und § 1435 BGB a.F. dem Rechtserwerb des Dritten nicht entgegenstand 64).

Diese Folgerungen für den Gutglaubensschutz stimmen mit dem Willen des Gesetzgebers überein, für den Bereich der Verwaltungsbeschränkungen der Zugewinnngemeinschaft keinen Gutglaubensschutz zu gewähren 65).

Ein beschränkter Schutz des guten Glaubens daran, daß die Zustimmung vorliegt, ergibt sich nur aus den §§ 170-173 BGB. Da Zustimmung und Bevollmächtigung verwandte Rechtsformen sind, können diese Bestimmungen entsprechend angewandt werden 66).

---

61) Vgl. die Auseinandersetzung hierüber zwischen Frank (NJW 1959, 135) und Hartung (NJW 1959, 1020)

62) Vgl. Eppig S. 39 ff; über die Weiterveräußerung vinkulierter Gegenstände sagen die §§ 1365 ff BGB nichts aus, hier gelten die allgemeinen Regeln, Petermann, Rpfleger 1960, 233/234

63) Vgl. Frank, NJW 1959, 135

64) Soergel-Vogel § 1449 Anm. 2

es sei denn, man ist der Auffassung, daß der Rechtsscheinsgedanke, der den §§ 170-173 BGB zugrundeliegt, im ehelichen Güterrecht wegen des Schutzobjektes, nämlich der Familie, nicht berücksichtigt werden dürfe. Da die §§ 170-173 BGB jedoch Fälle betreffen, in denen der Rechtsschein durch das Verhalten des Zustimmungsberechtigten veranlaßt ist, verstößt es nicht gegen das geschützte Interesse der Familie, wenn man diese Bestimmungen entsprechend anwendet 67). Die §§ 1365 ff BGB sind nach diesen Ausführungen demnach keine (absoluten) Veräußerungsverbote bzw. Verfügungsbeschränkungen, sondern sie stellen mit dem Erfordernis der Zustimmung des anderen Ehegatten eine zusätzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte auf. Die Benennung "Verwaltungsbeschränkung" paßt daher besser für sie als "Verfügungsbeschränkung".

Welche Rechtsgeschäfte betroffen sind, ist im folgenden zu erörtern.

---

65) BT-Drucks. 3409 S. 6

66) RGRK § 1365 Anm. 29

67) Näheres zur weiteren Sicherung des Rechtsverkehrs in § 6, S. 99

### § 3. Der Begriff der Gesamtvermögensverfügung.

§ 1365 Abs.I BGB schränkt den Ehegatten in der Verwaltung seines Vermögens ein, soweit er "sich verpflichten will, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen" und wenn er "eine ohne Zustimmung des anderen Ehegatten eingegangene Verpflichtung (dieser Art) erfüllen will". Der zentrale Begriff der Vorschrift ist die "Gesamtvermögensverfügung". Wenn oben als Schutzzweck des § 1365 Abs.I BGB die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie bestimmt worden ist, so legt der Begriff der Gesamtvermögensverfügung den Inhalt der Vorschrift und ihre Reichweite im einzelnen fest.

Leider kann aus dem Wortlaut der Bestimmung ihr Inhalt nicht ohne weiteres klar erkannt werden. Der Gesetzgeber hat eine Formulierung gewählt, die schon in anderen Normen, wie den §§ 419, 1444 BGB a.F., 1822 Ziff. 1 BGB genügend Unklarheiten hervorgerufen hat. Dadurch ist § 1365 Abs.I BGB in Schrifttum und Rechtssprechung zum Stein des Anstoßes geworden, der nicht nur die Vorschrift selbst, sondern den gesamten neuen gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft in Mißkredit zu bringen droht.

Die Auslegung des § 1365 Abs.I BGB hat bisher zu den widersprüchlichsten Ergebnissen geführt. Grund dafür ist in der Hauptsache der Wunsch, eines der beteiligten Interessen konsequent zu schützen - natürlich zu Lasten der anderen. Um eine ausgewogene Gestaltung bemühte man sich nur in geringem Maße. Man sollte jedoch auf manche wünschenswerte Auswirkungen zugunsten dieses oder jenes Prinzips verzichten und sich zu einer Auslegung bereitfinden, die einerseits den vollen Sinngehalt der Vorschrift erschöpft, andererseits aber auch den entgegenstehenden Interessen einen Spielraum gewährt. Nur so können sich allmählich feste Grundsätze bilden, die bei einer derart unbestimmten Vorschrift dringend nötig sind. Erst diese gewährleisten die

Rechtssicherheit, die § 1365 Abs.I BGB zu voller Wirkung verhelfen kann.

Der Ausgangspunkt für die Deutung der "Gesamtvermögensverfügung" ergibt sich aus den Worten des Gesetzes: "sich verpflichten, über das Vermögen im ganzen zu verfügen". Darin sind rein äußerlich zwei Bestandteile enthalten: 1. Der rechtsgeschäftliche Akt der Verpflichtung bzw. der Erfüllung, die in der Regel aus einer oder mehreren Verfügungen bestehen wird, und 2. als "Gegenstand" des rechtsgeschäftlichen Vorgangs das "Vermögen im ganzen". Auf den zweiten Bestandteil kommt es unter Umständen nicht mehr an, wenn nämlich die Anwendbarkeit der Vorschrift nur von dem Inhalt des rechtsgeschäftlichen Aktes abhängt. Zunächst soll daher dieser betrachtet werden.

Das unmittelbare Ziel des § 1365 Abs.I BGB ist, eine "Verfügung" über das Vermögen im ganzen zu verhindern. Die Bestimmung schränkt deshalb sowohl die Verpflichtung zu einer derartigen Verfügung (Satz 1) als auch unter den Voraussetzungen von Satz 2 die Verfügung selbst ein. Es stellt sich demnach zuerst die Frage, was § 1365 Abs.I BGB unter "Verfügung" versteht.

I. Der Begriff der "Verfügung" in § 1365 Abs.I Satz 1 und Satz 2 BGB.

Das Gesetz spricht in Satz 1 von der "Verfügung über das Vermögen im ganzen". Meint es damit eine Verfügung im Rechtssinne oder auch tatsächliche Einwirkungen? Wenn das Gesetz das "Vermögen im ganzen" als Objekt - Gegenstand im Rechtssinne - der "Verfügung" meint, dann ist der Begriff "Verfügung" nicht im Rechtssinne gebraucht. Eine Verfügung im Rechtssinne ist nur über ein Recht möglich, das "Vermögen im ganzen" ist aber kein Recht. Ebensogut läßt sich aber sagen, das Gesetz verstehe unter "Vermögen im ganzen" und unter "verfügen" eine Sammelbezeichnung für die Gesamtheit der ein-

zelnen Verfügungsgegenstände und der Verfügungen darüber. Schließlich ist fraglich, ob das "Vermögen im ganzen" überhaupt im Sinne eines Gegenstandes der Verfügung über es gemeint ist, ob aus der Verbindung der beiden Begriffe überhaupt etwas auf ihren Inhalt hindeutet. Der Gebrauch des Begriffes "Verfügung" weist nun zwar allerdings daraufhin, hierunter nur Verfügungen im Rechtssinne zu verstehen. Denn das Gesetz verwendet ihn in aller Regel in dieser Weise. Der Schwerpunkt des Satzes 1 liegt jedoch in dem Verpflichtungsgeschäft. Dieses allein bindet Satz 1 an die Zustimmung des anderen Ehegatten. Auf den Verfügungsbegriff kommt es in Satz 1 nicht entscheidend an. Der Ehegatte soll sich nicht zu einer Einwirkung auf sein "Vermögen im ganzen" verpflichten können. Angesichts dieses Zweckes macht es aber keinen Unterschied, ob er sich nur zu einer tatsächlichen Einwirkung auf sein Vermögen oder zu einer Einwirkung durch eine Verfügung im Rechtssinne verpflichtet. Beide Möglichkeiten verlangen die gleiche Regelung. In Satz 1 meint das Gesetz daher mit "Verfügung" auch tatsächliche Einwirkungen 68).

Satz 2 spricht dagegen nicht von "Verfügung", sondern von "Erfüllung". Diesem Begriff hat Schulz-Kersting entscheidende Bedeutung beigemessen 69). Er meint, "Erfüllung" umfasse alle Tatbestände, die zu einer Einwirkung auf das "Vermögen im ganzen" führen können. Schulz-Kersting rechnet daher z.B. auch Realakte, die Auflösung von Sparguthaben, die Vermietung und Verpackung von Gegenständen,

---

68) § 1365 Abs. I Satz 1 BGB würde daher z.B. eingreifen, wenn ein Ehegatte sich verpflichtet, sein Haus, das sein Vermögen im ganzen bildet, abzureißen.

69) JR 1959, 134/136 unter II C 2 c

die die wesentlichen Vermögensstücke eines Ehegatten darstellen, die Übernahme einer Bürgschaft und Prozeßhandlungen, wie Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich und Geständnis hierher 70). Nach seiner Ansicht stimmt diese umfassende Deutung des Begriffs der "Erfüllung" mit dem wirtschaftlichen Zweck der Vorschrift, mit den Begriffen "Verwaltung" und "Verfügung über das Vermögen im ganzen" am besten überein. Vom wirtschaftlichen Ergebnis her könnten die Begriffe "Verwaltung" und "Verfügung" nicht scharf getrennt werden. Für eine endgültige Festlegung des Begriffs auf eine Erfüllung mit nur rechtsgeschäftlichem Charakter bestehe in § 1365 Abs.I BGB kein Anlaß.

Ebenso hat Bärmann schon vor Schulz-Kersting argumentiert 71). Er kommt zu dem Ergebnis, es sei nicht abwegig, auch für bloß faktische Verfügungen die Zustimmung des anderen Ehegatten zu verlangen. Allerdings setzt Bärmann hinzu, "sofern ihnen Rechtsgeschäfte zugrundeliegen". Dieser Ansicht schließt sich auch der RGR-Kommentar an. Er führt unter dem Verfügungsbegriff des § 1365 Abs.I BGB rein tatsächliche Einwirkungen auf, wie z.B. Verarbeitung und Vermischung 72).

Im Gegensatz dazu überwiegt in Schrifttum und Rechtsprechung die Meinung, § 1365 Abs.I BGB verstehe unter "Verfügung" nur rechtsgeschäftliche Handlungen 73). Hierunter fallen sicherlich zunächst die Verfügungen im Rechtssinne, also die

---

70) Ebenso Gaa S.91 ff

71) JZ 1959, 225/226

72) RGRK § 1365 Anm. 23

73) Tiedau, MDR 1959, 79/81; Baur, FamRZ 1958, 252/256 Fußn. 24; Ziege, NJW 1957, 1579; Schulin, DRiZ 1959, 76/79; Koeniger, DRiZ 1959, 372; LG Bremen, MDR 1959, 127; LG Itzehoe, FamRZ 1959, 248/249; Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm.1; Erman-Finke § 1365 Anm.2; Palandt-Lauterbach § 1365 Anm.3; Rittner, FamRZ 1961, 1/7

Aufhebung, Übertragung, Belastung und inhaltliche Veränderung eines Rechts. Hierzu dürften aber auch noch jene rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen zu rechnen sein, die die Wirkung einer Verfügung haben, wie z.B. die Dereliktion, wenn man diese als rechtsgeschäftliche Handlung ansieht.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob der Verfügungsbegriff in I 1365 Abs. I Satz 2 BGB auch auf rein tatsächliche Handlungen auszudehnen ist, jedoch nicht. Im übrigen sind die Argumente, mit denen Schulz-Kersting tatsächliche Einwirkungen in Satz 2 einbeziehen will, keineswegs stichhaltig. Der ungenaue Ausdruck "Verfügung über das Vermögen im ganzen" nötigt nicht dazu, für Satz 2 einen abweichenden Verfügungsbegriff anzunehmen. Hierunter kann vielmehr ebensogut die Gesamtheit aller zur Erfüllung eines Verpflichtungsgeschäftes nach Art des § 1365 Abs. I Satz 1 BGB erforderlichen Verfügungen verstanden werden (s.S.29).

Auch der Begriff "Erfüllung" in Satz 2 stützt die Gegenansicht nicht. Er bezeichnet keine Erfüllungshandlungen, sondern nur Zweck und Wirkung, setzt also eine nach anderen Kriterien zu bestimmende Erfüllungshandlung voraus.

Das Gegenteil, nämlich daß in Satz 2 nur Verfügungen im Rechtssinne gemeint sein können, beweist schließlich das Gesetz selbst. Es geht nämlich auch in den §§ 1366, 1367, 1368 BGB von nur rechtsgeschäftlichen Handlungen aus, denn zu rein tatsächlichen Einwirkungen gibt es keine "Zustimmung" und nicht die Rechtsfolge der "Unwirksamkeit". Sie entziehen sich einer rechtlichen Sanktion, wie sie § 1365 Abs. I Satz 2 BGB in Verbindung mit den §§ 1366, 1367 BGB ausspricht.

Es kommen daher für Satz 2 nur Verfügungen im Rechtssinne in Frage. Dieses Ergebnis stimmt mit der Feststellung des BGH überein, daß das BGB den Begriff "Verfügung" in aller Regel überall im

gleichen Sinne, nämlich als rechtsgeschäftliche Einwirkung auf ein Recht, gebraucht 74).

Es können dann aber auch alle Arten von Verfügungen unter § 1365 Abs. I Satz 2 BGB fallen, wie z.B. die Sicherungsübereignung, Verpfändung, Belastung mit Grundpfandrechten, Einwilligung in eine Verfügung eines Nichtberechtigten, Löschungsbewilligungen, Forderungserlaß, Kündigung, je nachdem man eine Handlung als Verfügung qualifiziert oder nicht 75), unter der weiteren Voraussetzung natürlich, daß sie das "Vermögen im ganzen" betreffen.

Nach diesen Grundsätzen hat sich auch die Einordnung der Prozeßhandlungen in § 1365 Abs. I BGB zu richten. Soweit sie zugleich materiellrechtlich Verfügungscharakter haben, unterliegen sie der Verwaltungsbeschränkung. Nicht aber fallen reine Prozeßhandlungen, wie Anerkenntnis und Verzicht, unter § 1365 Abs. I BGB, schon gar nicht der Hoheitsakt eines Urteils, gleichgültig ob es sich um ein Versäumnis- oder ein kontradiktorisches Urteil handelt, wie Schulz-Kersting und Gaa es befürworten 76). Ihrer prozeßgestaltenden Aufgabe entsprechend sind die Prozeßhandlungen (der Parteien und des Gerichts) in ihren Voraussetzungen und Wirkungen allein vom Prozeßrecht geregelt. Sie dulden daher z.B. keine Bedingung und keine Anfechtung und hängen auch nicht von der materiellrechtlichen Zustimmung Dritter ab 77). Ein Ehegat-

---

74) BGHZ 1, 294/304

75) Vgl. Ziege, NJW 1957, 1579; Tiedau, MDR 1959, 79/81; Boehmer, FamRZ 1959, 1 ff; a.A. Rittner, FamRZ 1961, 1 ff/7 ff (s.u.). Einen Teilungsversteigerungsantrag hält Weimar, NJW 1959, 1478, für zustimmungsbedürftig, Schiffhauer dagegen sieht nur die den Anspruch auf Teilung zur Fälligkeit bringende Kündigung und die Auseinandersetzung über den Erlösüberschuß als Verfügung an, FamRZ 1960, 185; a.A. OLG Celle, FamRZ 1961, 30. Vgl. S.39

te kann daher ohne Zustimmung des anderen auf seinen Klageanspruch verzichten oder den des Gegners anerkennen. Auch kann er Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen. Diese Folgen schaden den Familieninteressen auch nicht. Wie Gaa im Anschluß an Baur 78) ausführlich dargelegt hat, erwirkt ein Urteil gegen den einen Ehegatten keine Rechtskraft gegen den anderen 79). Das ergibt sich aus der Regelung des § 1368 BGB. Der andere Ehegatte ist daher durch eine Verurteilung des einen Ehegatten nicht gehindert, seinerseits gem. § 1368 BGB die sich aus der materiellrechtlichen Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte geltend zu machen 80). Lediglich der verurteilte Ehegatte selbst kann keinen zweiten Prozeß mehr anstrengen.

Nun fragt es sich aber weiter, ob immer schon dann, wenn eine Verfügung über das "Vermögen im ganzen" getroffen werden soll, die Zustimmung des anderen Ehegatten gem. § 1365 Abs. I Satz 2 BGB erforderlich ist. § 1365 Abs. I Satz 2 BGB spricht klar aus, daß der Verfügung über das Vermögen im ganzen nicht zugestimmt zu werden braucht, wenn der ihr entsprechenden Verpflichtung schon zugestimmt worden ist, die Erfüllungshandlung ist dann zustimmungsfrei 81).

---

76) Gaa S. 86 ff

77) Vgl. Rosenberg § 59

78) FamRZ 1958, 252/256; Petermann, Rpfleger 1960, 233/236 unter V

79) Gaa S. 202, 208, 217, 221

80) Über die weiteren Rechtsbehelfe des Ehegatten (Erinnerung, § 766 ZPO, Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO) vgl. Gaa S. 222 ff

81) In der Zustimmung zur Verpflichtung braucht daher nicht auch die Zustimmung zur Erfüllung gegeben werden, so aber Eppig S 30; denn die Verfügung bedarf der Zustimmung dann nicht. Die Zustimmung zur Verfügung macht die Verpflichtung ipso iure gültig, vgl. Gaa S. 109

Zu einer Beschränkung des Verfügungsgeschäftes kommt es also nur unter den Voraussetzungen des Satzes 2. Genügt hiernach aber schon das bloße Vorliegen einer Verfügung über das "Vermögen im ganzen"?

Wenn dies zu bejahen wäre, dann wäre z.B. die Einbeziehung einer Forderung, die im wesentlichen das Vermögen eines Ehegatten darstellt, zustimmungsbedürftig. Da in vielen Fällen die Bindung einer solchen "isolierten" Verfügung an die Zustimmung des anderen Ehegatten als wünschenswert erscheint, bejaht man z.T. ihre Zustimmungsbedürftigkeit 82).

Hiergegen spricht aber der klare Wortlaut des Gesetzes. Satz 2 bindet nur solche Verfügungen an die Zustimmung des anderen Ehegatten, die zur Erfüllung einer nach Satz 1 zustimmungsbedürftigen, aber nicht konsentierten Verpflichtung vorgenommen werden. Das Gesetz begrenzt damit den Bereich der Vorschrift eindeutig. Es legt das Schwergewicht darauf, zu verhindern, daß ein Ehegatte Verpflichtungen eingeht, es will aber nicht dem Ehegatten die Möglichkeit rauben, ihm zustehende Rechte auszuüben. Satz 2 ist daher, wie schon oben gesagt wurde (s.S.24), ein "Auffangtatbestand" für Satz 1 mit einer nur subsidiären Funktion. Diese klare Begrenzung übersieht man überwiegend. Sie verbietet auch eine analoge Anwendung des Satzes 2 auf "isolierte" Verfügungen.

In der Rechtsprechung hat bisher nur das OLG Hamm das Abhängigkeitsverhältnis von Satz 2 zu Satz 1 gebührend beachtet 83). Es hatte zu entscheiden, ob die Bestellung einer Eigentümergrundschuld unter § 1365 Abs.I BGB falle. Die Vorinstanz hatte diese Frage bejaht 84). Das OLG Hamm ist zum gegen-

---

82) Vgl. statt aller Schulz-Kersting, JR 1959, 134/136

83) Rpfleger 1960, 224 ff = FamRZ 1960, 276

84) AG Bielefeld, FamRZ 1960, 199

teiligen Ergebnis gelangt. Es begründet seine Ansicht damit, § 1365 Abs.1 Satz 2 BGB setze eine Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen, mithin ein zweiseitiges Rechtsgeschäft voraus, möge auch nach außen hin nur eine Person in Erscheinung treten, etwa der verfügende Ehegatte bei einer Belastung des Grundvermögens. § 1367 BGB stehe dem nicht entgegen, denn diese Vorschrift wolle nicht etwa als selbständige Bestimmung alle einseitigen Rechtsgeschäfte eines Ehegatten der Einwilligung des anderen unterwerfen, sie stelle vielmehr ebenso wie § 1366 BGB eine Ausführungsvorschrift für Fälle des § 1365 Abs.1 BGB dar. Die bloße Möglichkeit, daß § 1365 Abs.1 BGB später bei einer Übertragung der Eigentümergrundschild eingreife, berechtige nicht, schon das vorherige Rechtsgeschäft der Bestellung einer Eigentümergrundschild nach § 1365 Abs.1 BGB zu behandeln.

Gegen diese Auffassung hat sich das OLG Frankfurt ausgesprochen 85). Es mißt - im Gegensatz zum OLG Hamm - dem § 1367 BGB selbständige Bedeutung bei und wertet ihn nicht als bloße Ausführungsvorschrift zu § 1365 Abs.1 BGB 86). Das OLG Frankfurt hält diese Deutung des § 1367 BGB für nötig, weil andernfalls so wichtige Fälle wie die Eigentumsaufgabe, der Verzicht auf Grundpfandrechte, die Auslobung und das Stiftungsgeschäft nicht beschränkt würden, weil zu ihnen keine Verpflichtung erforderlich sei, ebenso liege es bei der Kündigung und der Aufrechterklärung. Gerade diese Fälle wolle aber der den §§ 1448, 1398 BGB a.F. nachgebildete § 1367 BGB treffen. Nach Ansicht des OLG Frankfurt bedarf es somit keines zweiaktigen rechtsgeschäftlichen Tatbestandes wegen § 1367 BGB.

Die Ausführungen des OLG Frankfurt ergeben indes-

---

85) Rpfleger 1960, 289

86) Ebenso Gaa S.152

sen, daß es bei § 1365 Abs.I Satz 2 BGB sehr wohl einen zweiaktigen rechtsgeschäftlichen Tatbestand für notwendig erachtet, nämlich eine Verfügung zum Zwecke der Erfüllung einer Verpflichtung, aber dann mit seiner Deutung des § 1367 BGB die Lücke schließen zu können glaubt. Dabei muß es aber - wie es selbst eingesteht - auf § 1365 Abs.I BGB zurückgreifen, um dem § 1367 BGB überhaupt einen materiellen Inhalt geben zu können. Dieser "Rückgriff" erregt Bedenken gegen die Auffassung des OLG von der selbständigen Bedeutung des § 1367 BGB. Das OLG sucht sich aus § 1365 Abs.I BGB nur die Momente heraus, die es zu seiner Deutung des § 1367 BGB benötigt. Dann hätte das OLG Frankfurt aber gleich ohne Umschweife gegen den klaren Wortlaut des § 1365 Abs.I Satz 2 BGB entscheiden sollen! Statt dessen erklärt es den Wortlaut des § 1367 BGB für unklar, um ihn dann wunschgemäß auslegen zu können.

Der Wortlaut und der Sinn des § 1367 BGB sind jedoch denkbar eindeutig. § 1367 BGB ist nämlich die Parallelvorschrift zu § 1366 BGB. Er regelt die Folgen des Mangels der Zustimmung für einseitige Rechtsgeschäfte. Will das OLG Frankfurt etwa auch dem § 1366 BGB eine "selbständige" Bedeutung zusprechen? Wofür sollte der Gesetzgeber dann noch die doch bis ins einzelne gehende Vorschrift des § 1365 Abs.I BGB geschaffen haben? Diese ist keineswegs nur eine programmatische Generalklausel. Ein Vergleich des § 1367 BGB mit den §§ 111, 180 BGB bestätigt, daß allein die Auffassung des OLG Hamm richtig sein kann, die in § 1367 BGB eine bloße Ausführungsvorschrift zu § 1365 Abs.I BGB sieht.

Entgegen der Meinung des OLG Frankfurt ist daher daran festzuhalten, daß "isolierte" Verfügungen nicht gem. Satz 2 zustimmungsbedürftig sind, sondern zu jeder Verfügung über das Vermögen im ganzen hinzukommen muß, daß sie zur Erfüllung einer

entsprechenden Verpflichtung erfolgt 87). Nur dann bedarf sie der Zustimmung des anderen Ehegatten.

In diesem Zusammenhang ist auch die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten zu erörtern. Hier besteht zwar zwischen dem Dritterwerber und dem Ehegatten kein Verpflichtungsverhältnis. Durch die Zustimmung erlangt aber das Verpflichtungsgeschäft zwischen dem Dritterwerber und dem Nichtberechtigten auch gegenüber dem Ehegatten Wirkung, so daß er den veräußerten Gegenstand von dem Dritten nicht mehr kondizieren kann. Denn mit der Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten erkennt der Ehegatte die zwischen Dritterwerber und Nichtberechtigtem bestehende Verpflichtung zur Rechtsverschaffung auch für sich als rechtliche Grundlage an. In den Rahmen des gleichen Problemkreises gehört ferner die Feststellung, daß ein Ehegatte den § 1365 Abs.I Satz 2 BGB nicht dadurch umgehen kann, daß er überhaupt keine Verpflichtung eingeht, sondern nur verfügt. Will der Ehegatte, daß die Verfügung nicht gem. § 812 Abs.I Satz 1 BGB kondizierbar sein soll, so liegt entweder ein Fall des § 814 BGB oder eine Schenkung vor. Bei § 814 BGB erfolgt die Verfügung zwecks "Erfüllung einer Verbindlichkeit", fällt also unter § 1365 Abs.I Satz 2 BGB. Im Falle einer Schenkung ist zugleich ein schuldrechtliches Geschäft gegeben, das der Zustimmung nach § 1365 Abs.I Satz 1 BGB bedarf. Daß gerade Schenkungen der Zustimmung bedürfen, ist unzweifelhaft 88).

Es ist auch unrichtig, wenn das OLG Frankfurt meint, nach der Auffassung des OLG Hamm würden

---

87) Dieses hat neuerdings auch Rittner betont, FamRZ 1961, 1/5

88) Wörbelauer, NJW 1960, 793/795

die Auslobung und die Stiftung zustimmungsfrei sein. Bei der Auslobung handelt es sich um eine (ausnahmsweise) nicht durch einen Vertrag zustandekommende rechtsgeschäftliche Verpflichtung. Sie wird aber von dem Wortlaut des § 1365 Abs.I Satz 1 BGB ebenso erfaßt wie eine vertragliche Verpflichtung. Nicht erforderlich für § 1365 Abs.I Satz 1 BGB ist demnach ein "zweiseitiges" Rechtsgeschäft, wie das OLG Hamm meint. Das ändert aber nichts daran, daß seine Feststellung zutrifft, § 1365 Abs.I Satz 2 BGB verlange einen zweiaktigen Tatbestand, nämlich eine Verfügung zwecks Erfüllung einer Verpflichtung. Das Gleiche muß auch für die Stiftung gelten 89). Das Stiftungsgeschäft verpflichtet den Stifter entweder gem. § 82 Satz 1 BGB zur Übertragung des zugesicherten Vermögens, oder es ist der rechtliche Grund für den bereits ipso iure erfolgten Übergang von Rechten auf die Stiftung gem. § 81 Satz 2 BGB. Auch im letzten Fall handelt es sich um eine Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen. Wie die Handschenkung als typischer Fall des § 1365 Abs.I BGB zeigt, gehören gerade solche Rechtsgeschäfte, bei denen der schuldrechtliche Bestandteil und der Rechtsübergang zusammenfallen, also z.B. die sogenannten Realverträge wie z.B. das Darlehn, zum Anwendungsbereich des § 1365 Abs.I BGB. Der Begriff "Verpflichtung" darf - schon hier sei das gesagt - nicht zu eng aufgefaßt werden, das Gesetz versteht unter ihm den auf Rechtsgeschäft beruhenden rechtlichen Grund einer Verfügung.

Der Dereliktion, auf die sich das OLG Frankfurt ebenfalls beruft, kommt - das darf man wohl sagen - keine praktische Bedeutung zu. Einzig bedeutsam könnte vielleicht der Fall sein, daß ein Ehegatte derelinquiert, um einen anderen die Aneignung zu ermöglichen. Das wäre jedoch offensichtlich ein

---

89) Krüger-Breetzke-Nowack § 1367 Anm.2

Versuch, den § 1365 Abs.I BGB zu umgehen. Rechtsgeschäfte bzw. rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, mit denen eine gesetzliche Bestimmung umgangen werden soll, fallen aber ebenso unter die Bestimmung wie die in ihr unmittelbar bezeichneten Rechtsgeschäfte.

Alle Argumente, die das OLG Frankfurt heranzieht, rechtfertigen es somit nicht, die klare gesetzliche Begrenzung des Satzes 2 auf Verfügungen die zur Erfüllung einer Verpflichtung erfolgen, zu übergehen. Beachtet man sie entsprechend, erübrigt es sich in manchen Fällen, § 1365 Abs.I BGB zu erörtern 90). Deshalb darf ein Ehegatte alle Verfügungen vornehmen, denen bereits eine gültige Verpflichtung zugrunde liegt. Das Abhängigkeitsverhältnis von Satz 2 zu Satz 1 gestattet einem Ehegatten, alle ihm zustehenden Rechte auszuüben. Er kann sich daher mit den Miterben über den Nachlaß auseinandersetzen, sofern Teilungsanordnungen des Erblassers bereits bestimmen, was den einzelnen Miterben gegenständlich zukommen soll. Trifft dagegen erst eine Auseinandersetzung die Entscheidung, welche Gegenstände dem Ehegatten übertragen werden sollen, bedarf sie der Zustimmung. Lediglich die Verpflichtung des Ehegatten-Miterben zur Auseinandersetzung reicht nicht aus, die Zustimmungsbedürftigkeit der Auseinandersetzung selbst zu verneinen 91). Das Gleiche gilt für alle Fälle

---

90) Daher gilt § 1365 Abs.I BGB nicht für die Bestellung einer Eigentümergrundschuld, die Einziehung einer Forderung, einen Teilungsversteigerungsantrag (a.A. OLG Celle, FamRZ 1961, 30/32), für die Ausschlagung einer Erbschaft (ebenso - wenn auch mit anderer Begründung - Schippel, DNotZ 1961, 24/26).

91) Vgl. Haegele, Rpfleger 1951, 242/247; OLG Celle, NJW 1960, 437; BGH, NJW 1961, 1301/1303

einer Auseinandersetzung. Diese ist daher immer dann zustimmungsbedürftig, wenn sie selbst der Verpflichtungsgrund für die Verteilung der gemeinsamen Gegenstände ist, dagegen nicht, wenn sie nur die Ausführung bereits bestehender Verpflichtungen bedeutet.

Diesen Grundsätzen folgt auch die Beurteilung der Rechtsgeschäfte eines Testamentvollstreckers 92). Soweit der Erbe nach dem Testament des Erblassers die Verwaltung des Testamentvollstreckers dulden muß, handelt es sich um eine bereits vorhandene Beschränkung der Erben. Die Rechtslage ändert sich erst dann, wenn die Erben dem Testamentvollstrekker durch eine Vereinbarung weitere Befugnisse einräumen. Ebenso hat man die Rechtsgeschäfte des Testamentvollstreckers auch im früheren Recht behandelt (§§ 1395, 1444, 1445 BGB a.F.). Die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 Abs.I BGB kann eben nur insoweit eingreifen, als der Ehegatte selbst in der Lage ist, sein Vermögen zu verwalten.

Zwangsvollstreckungsakte und die Führung von Rechtsstreitigkeiten fallen danach ebenfalls nicht unter § 1365 I BGB 93).

Aus dem Abhängigkeitsverhältnis von Satz 2 zu Satz 1 ist ersichtlich, daß das Schwergewicht des § 1365 Abs.I BGB auf dem Verpflichtungsgeschäft ruht. Sein Inhalt entscheidet mithin im wesentlichen über den Anwendungsbereich der Vorschrift.

II. Das Verpflichtungsgeschäft in § 1365 Abs.I Satz 1 BGB.

§ 1365 Abs.I Satz 1 BGB bestimmt, daß sich ein

---

92) Staudenmaier, Rpfleger 1960, 385/386; Haegele, Rpfleger 1960, 386; a.A. noch AG. Delmenhorst, FamRZ 1959, 249

93) Baur, FamRZ 1958, 252/256; Lorenz, JZ 1959, 105/109; Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm.5

Ehegatte nicht ohne Zustimmung des anderen zur Verfügung über sein Vermögen im ganzen verpflichten kann. Will das Gesetz damit nur solche Verpflichtungen einschränken, die das "Vermögen im ganzen" ausdrücklich zum Gegenstand haben, will es also inhaltsbezogen sein, oder erfaßt die Vorschrift auch Verpflichtungen über Einzelgegenstände, die das gesamte Vermögen ausmachen, weil es auf eine Inhaltsbezogenheit nicht ankommt?

Zunächst fragt es sich, ob das Gesetz zu Zweifeln in dieser Hinsicht überhaupt Anlaß gibt. Wörbelauer meint, der wörtlichen Fassung der Vorschrift entspreche es, als Gegenstand der Verpflichtung das "Vermögen im ganzen" zu erblicken, denn andernfalls hätte das Gesetz "über das ganze Vermögen" sagen müssen. Er glaubt also, die Vorschrift stelle auf die Parteierklärungen ab 94). Der Sprachgebrauch ist jedoch nicht derart zwingend, daß man aus ihm ohne weiteres auf den Inhalt der Vorschrift schließen dürfte. Das Gesetz gebraucht ähnliche Formulierungen in den §§ 311 und 1822 Ziff. 1 BGB. Rechtsprechung und Lehre sind sich bei § 311 BGB darin einig, "Vermögen im ganzen" als Gegenstand der Parteierklärung anzusehen 95). Ebenso hat der BGH zu § 1822 Ziff. 1 BGB entschieden - wenn auch nicht ohne Widerspruch 96). Folgt man der Ansicht des BGH zu § 1822 Ziff.1, dann muß man auch im Falle des § 1365 Abs.I Satz 1 BGB zum gleichen Ergebnis kommen, da beide Vorschriften sich nach Tatbestand, Schutzzweck und Rechtsfolgen ähnlich sind 97). Diesen Weg gehen denn auch in der Tat Massfeller 98) und Wörbelauer, wo-

---

94) NJW 1960, 793/794

95) RGZ 94, 314/316; Palandt-Danckelmann § 311 Anm.2

96) BGH, DNotZ 1957, 503 (mit abl.Anm.v.Dres.Reinicke)

97) Vgl. Eppig S. 58 ff

98) Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes  
S.8

bei Wörbelauer noch maßgeblich seine Ansicht mit dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Sicherheit und Leichtigkeit begründet, das allerdings mit dieser Lösung am besten befriedigt werden könnte. Da die Wortfassung indessen - wie sich noch zeigen wird - auch andere Deutungen offen läßt, läßt sich aus ihr keine Antwort entnehmen.

Den bisher eingehendsten Versuch, den § 1365 Abs.I BGB als inhaltsbezogen zu deuten, hat neuerdings Rittner unternommen 99). Seine tiefeschürfenden Untersuchungen und Ergebnisse sollen hier zunächst im Zusammenhang dargestellt werden. Nach Rittner muß sich der Parteiwille auf das Vermögen im ganzen richten, es genügt nicht, daß nur objektiv das ganze Vermögen Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist. § 1365 Abs.I BGB wolle nur einen ganz bestimmten und eindeutig begrenzten Rechtsgeschäftstyp erfassen 100).

Damit stellt sich Rittner gegen die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum. Diese wendet § 1365 Abs.I BGB ohne Rücksicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft inhaltlich auf das Vermögen im ganzen bezogen ist, vielmehr bestimmt sie den Anwendungsbereich der Vorschrift nach der objektiven Vermögenslage. Daher fallen auch Rechtsgeschäfte über Einzelgegenstände unter § 1365 Abs.I BGB, sofern diese nur das ganze Vermögen ausmachen 101).

---

99) FamRZ 1961, 1 ff

100) FamRZ 1961, 1/2

101) Bosch, FamRZ 1957, 189/195; 1958, 289/294; Merdsche, NJW 1958, 1729; Hoche, NJW 1958, 2069; Tiedau, MDR 1959, 79/81; Finke, MDR 1957, 514; Frank, NJW 1959, 135/136; Lorenz, JZ 1959, 105/106; Gaa S 49; Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 1; Massfeller-Reinicke § 1365 Anm.2; RGRK § 1365 Anm.6 ff; OLG Hamm, NJW 1959, 104; BGH, NJW 1961, 1301/1303

Die Gründe, die die herrschende Meinung bewegen, den Anwendungsbereich der Vorschrift derart weit auszudehnen, hat Rittner eingehend untersucht und zu widerlegen versucht. Zunächst wendet er sich dagegen, daß die herrschende Meinung sich an Vorschriften anlehnt, in denen ähnlich wie in § 1365 Abs.1 Satz 1 BGB vom Vermögen im ganzen oder vom ganzen Vermögen die Rede ist, nämlich den §§ 419, 1444, 1822 Ziff.1 BGB (102). Aus § 419 BGB folgt nach Rittners Ansicht nichts Verbindliches für die Auslegung des § 1365 BGB. Der "allgemeine Gedanke", der jeder der beiden Vorschriften zugrunde liege, sei zu verschieden, als daß man sie sachlich gleich behandeln könne und von der einen Rückschlüsse auf die andere ziehen dürfe.

Zum gleichen Ergebnis kommt Rittner bei der Betrachtung des § 1444 BGB a.F. Wie er meint, enthalte § 1444 BGB a.F. wenig analogiefähiges Material. Im übrigen spreche er gerade gegen den Standpunkt der herrschenden Meinung. Seine Entstehungsgeschichte zeige, daß er nur Rechtsgeschäfte meine, die sich inhaltlich auf das Vermögen im ganzen bezogen (103). Das habe Unzner bei Planck richtig erkannt, wenn er dort sage: "§ 1444 treffe nicht schon allein deswegen zu, weil die Gegenstände tatsächlich das Gesamtgut im ganzen bildeten" (104). Diese Äußerung beachte man viel zu wenig. RGZ 94, 314 sei - obwohl immer wieder zitiert - für die Auslegung des § 1444 BGB a.F. in dieser Frage dagegen unergiebig, weil das RG dort ein ganz anderes Problem zu entscheiden hatte.

Auf § 1822 Ziff.1 BGB schließlich könne sich die

---

102) FamRZ 1961, 1/3

103) Mot.IV, 351, wo auf RGZ 1, 393 hingewiesen wird.

104) Planck-Unzner § 1444 Anm.1

105) DNotZ 1957, 503

herrschende Meinung auch nicht berufen. Der BGH habe diese Vorschrift zutreffend dahin ausgelegt, daß sie nur inhaltsbezogene Verträge über das Vermögen im ganzen erfassen wolle 105).

Aber nicht nur in der irrtümlichen Anlehnung an Vorschriften anderen Inhalts, sondern erst recht in den Folgen, die der Standpunkt der herrschenden Meinung nach sich zieht, sieht Rittner den Beweis dafür, daß die Grundthese der herrschenden Meinung falsch ist 106). Die Lösung des Begriffes "Vermögen im ganzen" vom Vertragsinhalt führe nämlich zu der Notwendigkeit, objektiv festzustellen, was "Vermögen im ganzen" sei. Weil dies tatsächlich unmöglich sei, verstehe die herrschende Meinung gegen den Wortlaut der Bestimmung diesen Begriff in dem Sinne des "im wesentlichen" ganzen Vermögens. Die Frage, wann diese Grenze erreicht sei, führe zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten und zu einer untragbaren Unsicherheit in der Rechtsanwendung. Diese sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise mache die Wirksamkeit von Verpflichtungen und Verfügungen von Wertrelationen abhängig, für die feste Maßstäbe schwerlich zu finden seien. Der Korrektur dieser Schwierigkeiten durch die sogenannte subjektive Theorie (Kenntnis des Geschäftspartners des Ehegatten hinsichtlich des Vermögens im ganzen) zugunsten der Sicherheit des Rechtsverkehrs mißt Rittner keine entscheidende Erleichterung der Schwierigkeiten bei. Am verhängnisvollsten wirke sich die Grundthese der herrschenden Meinung jedoch auf die Bestimmung des Verfügungsbegriffes in § 1365 Abs. I BGB aus. Der Begriff "Verfügung" sei an sich wirtschaftlich neutral. Sehe man indessen von der Bestimmung des "Vermögens im ganzen" als Vertragsinhalt ab, dann müsse man - wie die bisherige Entwicklung zeige - dazu kommen, das Vermögen als wirtschaftlichen

Vermögenswert zu verstehen. "Verfügung" darüber heiße sodann: Einbuße an diesem Werte. Damit entferne man sich in unzulässigerweise vom Wortlaut der Vorschrift.

Nach dieser Kritik versucht Rittner, seine eigene Ansicht positiv zu begründen, § 1365 Abs.I BGB meine nur Rechtsgeschäfte, die sich inhaltlich auf das Vermögen im ganzen beziehen.

Er will zunächst anhand des Wortlauts der Bestimmung nachweisen, daß die Vorschrift nicht gegenstandsbezogen, sondern nur inhaltsbezogen ist (107). Hierfür glaubt er, die verschiedene Formulierung der §§ 1365 und 1369 BGB heranziehen zu können. Im Gegensatz zu dem eindeutig gegenstandsbezogenen § 1369 BGB spreche § 1365 Abs.I BGB von dem "vermögen", das doch kein Verfügungsgegenstand sein könne. Diese Ausdrucksweise des Gesetzes sei auch nicht etwa zufällig, sie zeige vielmehr, daß das Gesetz auf den Vertragsinhalt abstelle. Was zum "Vermögen" gehören solle, sei durch Auslegung des Vertrages festzustellen. § 1365 Abs.I BGB betreffe daher nur einen bestimmten Rechtsgeschäftstyp. Prototyp hierfür seien der Hofübergabevertrag oder andere Fälle vorweggenommener Erbfolge. Darauf enge das Gesetz in § 1365 Abs.I BGB den Verfügungsbegriff ein, nicht sämtliche mögliche Verrückungen wolle die Vorschrift erfassen. Wenn das Gesetz auch abstrakt von "Verpflichtung zur Verfügung" spreche, so dürfe das nicht darüber hinwegtäuschen, daß es nur eng begrenzte typisierte Rechtsgeschäfte meine. Hierauf deute auch die Überlieferung von RGZ 1, 393 bis § 1444 BGB a.F. hin. Verträge über die Übergabe des Vermögens im ganzen gegen eine Gegenleistung, die ihrerseits wieder "Vermögen" sei, hält Rittner für höchst selten. Rittner will also die Vorschrift auf Verträge begrenzen, die in der Regel den Charakter einer

vorweggenommenen Erbfolge haben, wenn er auch betont, dies brauche nicht Kriterium der Bestimmung zu sein. Dafür meint er neben dem - "richtig" verstandenen - Wortlaut des § 1365 Abs.I BGB in einem Vergleich mit ähnlichen Vorschriften die Bestätigung zu finden (108).

Er beruft sich hier zunächst auf die §§ 310, 311, 330, 1085 BGB (109). In diesen Vorschriften wird das "Vermögen" unbestritten auf den Vertragsinhalt bezogen.

Außerdem zieht Rittner sogar auch § 419 BGB heran. Die heutige Auffassung des § 419 BGB - gegenstandsbezogener Vermögensbegriff - bezeichnet er als Verknennung der Tatsache, daß auch dem § 419 BGB der gleiche Vertragstyp wie dem § 311 BGB zugrunde liege. Die Rechtssprechung habe ursprünglich die Wesensverwandtschaft beider Bestimmungen beachtet; erst RGZ 123, 52/5 habe das verwischt und für § 419 BGB die objektive Vermögenslage für maßgeblich erklärt. In Wahrheit sei die heute herrschende Meinung keine Auslegung mehr, sondern Analogie, über deren Berechtigung an dieser Stelle nicht zu streiten sei.

Die §§ 1444 BGB a.F. und 1822 Ziff. 1 schließlich sprächen klar für seine Ansicht. (s.S. 43)

Rittner übersieht aber auch nicht, daß gegen seinen Standpunkt gewichtige Einwände bestehen (110). Die beiden bedeutendsten sind die Vorstellung des Gesetzgebers von der Reichweite des Tatbestandes des § 1365 Abs.I BGB und die ratio der Vorschrift. Der Ansicht des Gesetzgebers mißt er keine Bedeutung bei.

---

108) Der Gedanke der vorweggenommenen Erbfolge findet sich auch bei Reithmann, DNotZ 1961, 3/5

109) FamRZ 1961, 1/12

110) FamRZ 1961, 1/13

Der Gesetzgeber habe bei der Abfassung der Vorschrift sowohl an die typischen Fälle der Vermögensübergabe - wie sie nach Rittner allein von § 1365 Abs.I BGB gemeint sind - wie auch an nur gegenstandsbezogene Geschäfte über das Vermögen im ganzen gedacht. Diese Vorstellung des Gesetzgebers bei Erlaß der Bestimmung bezeichnet Rittner schlicht als Irrtum. Wenn der Gesetzgeber schon in § 1365 BGB eine den §§ 1444 BGB a.F., 1423 BGB ähnliche Vorschrift habe schaffen wollen, dann könne das nur in der Weise geschehen sein, daß der § 1365 Abs.I BGB nur die echten, typischen Vermögensübergabegeschäfte betreffe.

Der ratio der Vorschrift dagegen widmet Rittner eine grundsätzliche Betrachtung über die Gesetzesauslegung überhaupt, um Einwendungen, die man aus ihr herleiten könnte, zu begegnen und der Grundthese der herrschenden Meinung ihre Hauptstütze zu rauben 111). Auch er sieht die ratio des § 1365 Abs.I BGB in der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie. Rittner will die ratio einer Vorschrift aber erst berücksichtigen, wenn ihre Auslegung nach Wortlaut und anderen anerkannten Interpretationsgrundsätzen keinen Aufschluß über den Sinn des Rechtssatzes, über seinen "geistigen Gehalt" gegeben haben. Beachtung der ratio und Auslegung trennt Rittner voneinander, um den Wortlaut und die Begriffe eines Rechtssatzes nicht zu "Statisten" werden zu lassen. Der herrschenden Meinung wirft Rittner vor, sie sei dieser Gefahr erlegen; das Prinzip des Familienschutzes sei an der objektiven Größe des Vermögensbestandes orientiert und führe zwangsläufig dazu, den Kreis der "gefährlichen" Geschäfte danach zu bestimmen, wie sie objektiv auf die Vermögenslage einwirken. Wie er den Inhalt der Vorschrift ermittelt, ist oben dargelegt worden.

---

111) FamRZ 1961, 1/4 ff, 13

In der Beschränkung auf inhaltsbezogene Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen sieht Rittner schließlich auch gar keinen Widerspruch zu dem Prinzip des § 1365 Abs.I BGB. Alle anderen von ihm nicht dem § 1365 Abs.I BGB zugewiesenen Rechtsgeschäfte seien typischerweise entgeltlich und griffen daher das wirtschaftliche "Substrat" der Familie nicht an, sondern bedeuteten lediglich eine "Vermögensumschichtung", für ihre Beschränkung bestehe daher kein Bedürfnis.

Im Rahmen dieses Problemkreises geht Rittner noch auf die Möglichkeit einer analogen Ausdehnung auf ähnliche gefährliche Rechtsgeschäfte ein. Er verneint sie ebenso. § 1365 Abs.I BGB sei an bestimmte Rechtsgeschäftstypen gebunden, es lasse sich daher kein Obersatz bilden ohne die Wesensmerkmale dieser Rechtsgeschäftstypen; außerdem führe die Analogie zu unsicheren Begriffsinhalten, die die erforderliche Typologie der gefährlichen Rechtsgeschäfte unmöglich machen würden (112).

Rittners Ausführungen führen ohne Zweifel zu einem eindeutigen, klaren Ergebnis. Sein Standpunkt läßt die Schwierigkeiten, mit denen heute die Praxis bei der Anwendung des § 1365 Abs.I BGB zu kämpfen hat, weitgehend hinfällig werden. Wie aber erreicht Rittner die gewünschte klare Rechtslage?

Er beschränkt § 1365 Abs.I BGB nicht nur auf die inhaltsbezogenen Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen, sondern innerhalb dieses Kreises sollen wiederum nur bestimmte typische Rechtsgeschäfte betroffen sein, wie z.B. die Hofübergabe. Rittner sagt zwar, das Kriterium der vorweggenommenen Erbfolge sei für § 1365 Abs.I BGB nicht wesensnotwendig. Bei den von ihm genannten Geschäftstypen ist es aber durchweg vorhanden, mithin praktisch doch die entscheidende Richtschnur. § 1365 Abs.I BGB

---

112) FamRZ 1961, 1/14 ff

erfaßt danach nur eine ganz geringe Anzahl von Geschäften, praktisch ist er bedeutungslos. Bedenkt man dann noch, daß die von Rittner bezeichneten typischen Fälle, wie z.B. die Hofübergabe, größtenteils nur in Kreisen vorkommen, die ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag zu ordnen pflegen, dann dürfte § 1365 Abs.I BGB praktisch völlig ausfallen. Wie kann diese Tatsache damit übereinstimmen, daß der Gesetzgeber den § 1365 Abs.I BGB für den Normalgüterstand für zweckmäßig, gerecht und billig gehalten hat?

Der Gesetzgeber hat mit § 1365 BGB der Familie im gesetzlichen Güterstand einen begrenzten vermögensrechtlichen Schutz gewähren wollen, im Rahmen des "Vermögens im ganzen" hat er sich für den Schutz der Familie ausgesprochen. Rittner stempelt die Vorschrift dagegen zu einer völligen Ausnahme. Sein Standpunkt wird der Absicht des Gesetzgebers nicht gerecht. Aber nicht nur vom Ergebnis her gesehen ist seine Auffassung bedenklich, auch wie er seine Meinung zu begründen sucht, erregt Zweifel.

Rittner versucht den Sinngehalt des § 1365 Abs.I BGB völlig losgelöst von seiner ratio zu erfassen. Diese wird zu einem Anhängsel des erfaßten Inhalts der Norm. Die "Regelung" ist für Rittner das Primäre, nicht der verfolgte Zweck. Bei der Auslegung der Vorschrift beachtet er die wechselseitige Bedingtheit von ratio und Norminhalt - im Rittner - schen Sinne - also nicht. Damit verfällt er in das dem bekämpften entgegengesetzte Extrem. Ist denn überhaupt Rittners Methode möglich, den Sinngehalt einer Norm unabhängig von ihrer ratio zu bestimmen? So hat Rittner - wenn auch manchmal allzu gewollt - den Familienschutzgedanken völlig übergangen, aber hat er sich dazu nicht aus anderen Prinzipien getrieben gefühlt, nämlich vornehmlich dem der Praktikabilität der Vorschrift? Gerade dieses Prinzip verdient aber bei der Gesetzesauslegung nicht den ersten Platz! Rittner umgeht mit seiner strengen

Beschränkung der Vorschrift die unbedingt erforderliche Abgrenzung der beteiligten Interessen mit der Folge, daß er sich nicht bemüht, ihr Verhältnis zueinander ausgewogen zu gestalten.

Selbst wenn man indes Rittners Methode folgen wollte, kann man seine Ansicht nicht billigen. Aus seinen weiteren Argumenten ergibt sich keineswegs so zwingend, wie er es darstellt, daß § 1365 Abs. I BGB nur inhaltsbezogene Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen meint.

Neben der Inhaltsbezogenheit läuft sicherlich auch immer zugleich eine Gegenstandsbezogenheit einher. Denn es ist doch schwer einzusehen, warum z.B. ein inhaltsbezogenes Rechtsgeschäft über das Vermögen beschränkt sein sollte, wenn tatsächlich kein Vermögen -- wie man diesen Begriff nun auch immer bestimmen will -- da ist.

Weiterhin nötigt der Sprachgebrauch "Vermögen im ganzen" nicht dazu, hierunter nur eine Inhaltsbezogenheit zu verstehen, die Wendung läßt sich eben-  
sogut als gleichbedeutend mit "uno actu" auffassen. Im gleichen Sinnzusammenhang damit liegt Rittners anderes Argument, das "Vermögen im ganzen" sei kein Verfügungsgegenstand und daher könne die Vorschrift nicht gegenstandsbezogen sein. Es schlägt ebenfalls nicht durch. Zunächst kann man sagen, das Gesetz gebrauche die Begriffe "Vermögen im ganzen" und "verfügen" als Sammelbezeichnung für die Gesamtheit der betroffenen Gegenstände und der erforderlichen Verfügungen. Dann fragt es sich weiter, ob das Gesetz "verfügen" wirklich in rechtstechnischem Sinne gebraucht, was Rittners Argument voraussetzt. Schon oben hat sich ergeben, daß das Gesetz in Satz 1 "Verfügung" nicht in strengem Rechtssinne verwendet (s.S.29). Hält man dagegen auch für Satz 1 an einer "Verfügung" im Rechtssinne fest 113), wie Rittner es befürwortet, dann ist seine Argumentation nicht mehr folgerichtig; Rittner geht von der unbesehen übernommenen Voraussetzung

aus, das Vermögen im ganzen sei als Gegenstand - Objekt - der Verfügung gemeint. Im Rechtssinne ist das unmöglich, da eine Verfügung nur ein Recht zum Objekt haben kann, das Vermögen im ganzen aber kein Recht ist. Infolgedessen kann sich Rittner die Wendung "über das Vermögen im ganzen zu verfügen" nur als Wiederholung der Parteierklärungen erklären. Daraus zieht er den Schluß, die Vorschrift sei inhaltsbezogen.

Die entscheidende Formulierung in § 1365 Abs. I Satz 1 BGB als Wiederholung der Parteierklärung zu deuten, erweckt jedoch wegen der Verwendung des rechtstechnischen Begriffs der Verfügung Zweifel, von dem auch Rittner ja ausgeht. Dann muß er sich aber die Konsequenz daraus entgegenhalten lassen: Wenn das Gesetz "verfügen" sagt, statt etwa die (juristisch gesehen) ungenauen Parteierklärungen wie "übertragen" usw. zu wiederholen, dann kann darin nicht eine ebenso ungenaue Wiederholung der Parteierklärung nur mit anderen Worten liegen, sondern nur die rechtssystematische Einordnung der Handlungen, die die Parteien beabsichtigen. Wollte das Gesetz dagegen nur die Parteierklärung wiederholen - Rittners Ergebnis - dann verwendete es den Begriff "Verfügung" gerade nicht im Rechtssinne, sondern auch nur "inhaltsbezogen". Das hätte aber zur Folge, daß dem Ausgangspunkt Rittners - Verfügung im Rechtssinne und Vermögen im ganzen als Verfügungsgegenstand - der Boden entzogen würde. Dieses Argument Rittners ist daher ebenfalls nicht geeignet, die These von der Inhaltsbezogenheit zu begründen.

Rittner geht ferner davon aus, daß das Gesetz das Vermögen im ganzen als Verfügungsgegenstand - wenn auch nur in den Parteierklärungen - ansieht. "Ver-

---

113) Die Verpflichtung zu einer tatsächlichen Einwirkung müßte dann als Ausnahme eingeordnet werden.

mögen im ganzen" und "verfügen" sind nach seiner Ansicht im Sinne einer Objektsbezogenheit verbunden. Das ist jedoch erst noch zu beweisen. Der Wortlaut allein gibt darüber keinen Aufschluß. Die Antwort hängt vielmehr davon ab, was in § 1365 Abs.I BGB unter "Vermögen" zu verstehen ist (ebenso hängt davon ab - worauf Rittner auch abstellt -, ob die Tatsache der Vermögensumschichtung und das Vorhandensein einer Gegenleistung für den Anwendungsbereich der Vorschrift von Bedeutung ist). Der Begriff des "Vermögens" ist keineswegs einheitlich und kann daher als solcher gar nichts darüber aussagen, was Rittner zum Beweise seiner Ansicht braucht. Es ist durchaus möglich, daß mit "Vermögen" in § 1365 Abs.I BGB nicht der Gegenstand der Verfügung gemeint ist, sondern ihre Wirkung auf die objektive Vermögenslage, auf den Vermögenswert. Wenn Rittner dagegen einwendet, der Wortlaut des § 1365 Abs.I BGB lasse diese weitgehende Deutung nicht mehr zu, dann verkennt er einerseits die Weite des Begriffes "Vermögen", und andererseits beachtet er nicht mehr, daß die von ihm vertretene Beschränkung des Vermögensbegriffes auf wenige bestimmte Gegenstände den Wortlaut in gleicher Weise vergewaltigen würde.

Neben dem Wortlaut des § 1365 Abs.I BGB glaubt Rittner sich ferner auf die verwandten Bestimmungen der §§ 310, 311, 330, 1085 BGB berufen zu können. In der Tat ist in diesen Vorschriften ein inhaltsbezogenes Rechtsgeschäft erforderlich. Rittners Hinweis auf diese verwandten Bestimmungen ist aber umso verwunderlicher, als er der herrschenden Meinung zuerst vorgeworfen hat, sie lehne sich an andere Bestimmung an. Dabei sind die Vorschriften, auf die sich Rittner beruft, von § 1365 Abs.I BGB gänzlich verschieden. Sie betreffen Rechtsgeschäfte, bei denen ausschließlich die Art und Weise ihres Abschlusses näher geregelt werden soll, nicht aber solche, deren wirtschaftliche Auswirkungen gesteuert werden sollen. Daß der bezeichnete Un-

terschied rechtlich zu würdigen ist, hat das RG bei einem Vergleich zwischen § 1444 BGB a.F. und § 311 BGB herausgestellt 114). Es hat aus der formellen Natur des § 311 BGB einerseits und der materiellen des § 1444 BGB a.F. andererseits gefolgert, § 1444 BGB a.F. entfalle nicht schon deshalb, weil in einem Vertrage die Gegenstände des Gesamtguts einzeln aufgezählt seien. Die §§ 311, 310, 330, 1085 BGB sind nicht geeignet, Rittners These zu stützen; allenfalls ihr bloßer Wortlaut spricht für Rittner.

Das Gleiche gilt für § 1444 BGB a.F., den Rittner weiterhin als Vorbild des § 1365 Abs.I BGB heranzieht. Der Entwicklungsgeschichte dieser Vorschrift, auf die Rittner so großen Wert legt, kommt jedoch für die Auslegung des § 1365 Abs.I BGB keine Bedeutung zu. § 1444 BGB a.F. hat in der Rechtsprechung kaum Bedeutung erlangt. Die Literatur hat ihn vollends vernachlässigt. Das hatte seinen Grund wohl darin, daß neben ihm die §§ 1445, 1446 bestanden. Über diese Normen wickelte sich ein Großteil der Fälle ab, die heute bei § 1365 Abs.I BGB Schwierigkeiten bereiten. Außerdem waren sie Regelungen eines Wahlgüterstandes. Die Rechtsprechung und das Schrifttum der Vergangenheit waren daher überhaupt nicht vor die Notwendigkeit gestellt, dem § 1444 BGB a.F. eine entscheidende Bedeutung zuzuerkennen. Die Lage ist heute bei § 1365 Abs.I BGB unvergleichlich anders, weil es keine Ausweichbestimmungen wie die §§ 1445, 1446 BGB a.F. gibt, § 1365 BGB eine Regelung des gesetzlichen Güterstandes ist und sich die Anschauung vom Wesen der Ehe gewandelt hat. § 1444 BGB a.F. spricht auch nicht vom "Vermögen", sondern vom "Gesamtgut". Diesen Begriff kann man mit guten Gründen lediglich als substantiell gebundenen Inbegriff verstehen. Das hat zur Folge, daß hier die

---

114) RGZ 94, 314/316

Objektbezogenheit im Rechtssinne zwischen Verfügung und Gesamtgut vorliegen mag. Als weitere Konsequenz mag sich daraus im Sinne der Rittnerschen Auffassung ergeben, daß § 1444 BGB a.F. nur inhaltsbezogen ist. Das ist auf § 1365 Abs.I BGB indes nicht übertragbar.

Die These der Inhaltsbezogenheit läßt sich ebenso nicht mit RGZ 94, 314/317 begründen, was selbst Rittner einräumt. Das Urteil ergibt in dieser Frage gar nichts. Der betreffende Passus, den sogar der BGH irrigerweise zur Begründung seiner Entscheidung für § 1822 Ziff.1 heranzieht, lautet folgendermaßen: § 1444 BGB trifft auch dann zu, "wenn in dem Vertrage, aus dem ersichtlich ist, daß er das Gesamtgut im ganzen zum Gegenstand hat, die einzelnen Gegenstände des Gesamtguts aufgezählt sind". Hieraus soll folgen, das RG habe verlangt, der Vertrag müsse erkennen lassen, daß er das Gesamtgut im ganzen zum Gegenstand habe. Über diese Frage hatte das RG indessen gar nicht zu entscheiden. Es hatte nur zu prüfen, ob § 1444 BGB a.F. dann entfalle, wenn die einzelnen Gegenstände aufgezählt seien. Es hat das verneint. Das RG wollte aber weder feststellen, daß für § 1444 BGB a.F. eine ausdrückliche Verpflichtung zur Verfügung über das Gesamtgut im ganzen erforderlich sei noch daß es genüge, wenn nur die einzelnen Gegenstände im Vertrag aufgeführt seien und sich sonst nichts aus ihm entnehmen lasse. Der Passus, den die Gegenmeinung zur Begründung ihrer Ansicht benutzt, ist in die Entscheidung allein durch die Gestaltung des Sachverhalts, nämlich des Inhalts des zu prüfenden Vertrages, hineingekommen.

Eine unwiderlegliche Stütze für die Auffassung Rittners scheint dagegen § 1822 Ziff.1 BGB zu bieten, wenn man der Auslegung des BGH folgt. Der Gleichschaltung des § 1822 Ziff.1 BGB mit § 311 BGB haben jedoch schon Reinicke 115) und Eppig 116) überzeugend widersprochen. Das gewichtigste Argu-

ment für die schematische Auslegung des § 1822 Ziff.1. BGB sieht der BGH in der Sicherung des Rechtsverkehrs. Diese Begründung hält selbst Rittner, der der Entscheidung im Ergebnis zwar beipflichtet, für zweifelhaft. Der BGH macht es sich mit dem schlichten Hinweis auf den Schutz des Rechtsverkehrs zu leicht. Es ist gerade die Frage, wie das Gesetz die Interessen des Mündels und des Rechtsverkehrs abgegrenzt hat. Jedenfalls spricht zunächst für eine Auslegung zugunsten des Mündels, daß das Gesetz keinen Schutz des guten Glaubens gewährt. Der BGH versucht diesen durch eine einschränkende Auslegung der Bestimmung im Ergebnis einzuführen, ohne dabei zu beachten, daß er auf diese Weise auch solche Sachverhalte dem Wirkungsbereich der Vorschrift entzieht, in denen der Rechtsverkehr keines Schutzes bedarf, wohl aber die Interessen des Mündels.

Begnügt man sich damit, § 1365 Abs.I wie § 311 BGB und § 1822 Ziff.1 BGB im Sinne des BGH aufzufassen, so beschränkt die Vorschrift nur die Art und Weise der Verfügung über das Vermögen im ganzen. Es widerspricht jedoch sowohl dem Zweck der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie wie auch dem Gemeinschaftsgedanken, wenn ein Ehegatte durch eine bloße Formänderung des Geschäftes den gleichen wirtschaftlichen Erfolg erreichen könnte; denn gerade er soll verhindert werden. Die Vorschrift wäre bedeutungslos und für die Familie ohne Nutzen, sie gehörte nicht ins Familienrecht.

Bei dieser Deutung hätte sie nur dann eine begrenzte Durchschlagskraft, wenn die Geschäfte über Einzelgegenstände mit dem Verbot der Umgehungsrechtsgeschäfte zu treffen wären. Stellt man indessen § 1365 Abs.I BGB dem § 311 BGB gleich, so

---

115) DNotZ 1957, 505/506

116) Eppig S. 58 ff

wird allein die Art und Weise der Verpflichtung über das Vermögen im ganzen beschränkt, die Wahl einer anderen Form des Rechtsgeschäftes ist dann aber keine "Umgehung". Legt man jedoch - trotz der Gleichstellung mit § 311 BGB - der Vorschrift auch den Zweck bei, den wirtschaftlichen Erfolg einer Vermögensverfügung zu verhindern, dann ist es doch wohl folgerichtiger, gleich den Tatbestand der Bestimmung entsprechend weit auszulegen als mit der Lehre vom Umgehungsgeschäft eine Lücke schließen zu wollen, die allein durch eine zu engherzige Auslegung entstanden ist. Dafür spricht auch, daß die Mehrzahl aller Geschäfte Umgehungsgeschäfte sein würden.

Das Verbot der Umgehungsgeschäfte würde ferner die Wirkung der engen Auslegung des Tatbestandes weitgehend wieder aufheben und deren Bedeutung für den Schutz des Rechtsverkehrs erheblich mindern. Die Beschränkung des § 1365 Abs. I BGB zielt nämlich unmittelbar gegen den verfügenden Ehegatten. Mit § 1365 Abs. I BGB hat sich das Gesetz zu einem Schutz der Familie im Rechtsverkehr bekannt. Ein wirksamer Familienschutz muß gerade in einer Erschwerung des Rechtsverkehrs bestehen, es kann keine Rede davon sein, "diese werde in Kauf genommen" 117). Das Ziel läßt sich nur erreichen mit einer Beschränkung, die sich nur an den Ehegatten wendet, ohne dessen Geschäftspartner in sie miteinzubeziehen. Der Wortlaut des § 1365 Abs. I BGB zeigt, daß der Gesetzgeber diese strenge Form der Beschränkung gewählt hat: Das Gesetz erwähnt den Geschäftspartner des Ehegatten nicht. Für eine Umgehung genügt und darf daher nur immer das rechtsgeschäftliche Verhalten des Ehegatten allein betrachtet werden 118). Die Interessen des Rechtsver-

---

117) BT-Drucks. 3409, S. 6

118) Vgl. BGH, NJW 1960, 723 zu § 2271 BGB

kehrs werden aber nicht geschützt, wenn es nur auf das Verhalten des Ehegatten ankommt, ob § 1365 Abs.I BGB eingreift. Und schließlich zeigt sich gerade bei der Prüfung des Umgehungsverbotes, daß die enge Auslegung des § 1365 Abs.I BGB dazu führt, die Anwendbarkeit dieser Vorschrift von subjektiven Momenten auf Seiten des Ehegatten abhängig zu machen. Von der Kenntnis, vom Willen des Ehegatten, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen, darf indessen der objektiv erforderliche Schutz der Vermögensgrundlage der Familie nicht abhängen. Die Lehre vom Verbot der Umgehungsgeschäfte kann dem § 1365 Abs.I BGB bei der Auslegung nach § 311 BGB daher nicht zur Durchschlagskraft verhelfen.

Bei Rittners Auslegung des § 1365 Abs.I BGB nutzt das Verbot von Umgehungsgeschäften erst recht nichts. Rittner engt den Tatbestand ja schon derart ein, daß kaum noch Rechtsgeschäfte für ihn übrig bleiben, um wieviel weniger Raum besteht dann noch für ein Umgehungsverbot.

Im Rahmen des Vergleichs seiner Auffassung des § 1365 Abs.I BGB mit ähnlichen Vorschriften zieht Rittner schließlich auch noch § 419 BGB heran. Gerade an diese Vorschrift lehnt sich die herrschende Meinung stark an. Überwiegend wird § 419 BGB gegenstandsbezogen ausgelegt. Ob diese Deutung Analogie ist oder unmittelbare Anwendung, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls bestand zur Zeit des Erlasses des § 1365 Abs.I BGB ein bestimmtes Bild der Gegenstandsbezogenheit des § 419 BGB und damit auch von dem Inhalt des Vertrages der Vermögensübernahme. Der Gesetzgeber hat bei der Abfassung des § 1365 Abs.I BGB die Grundsätze des § 419 BGB vor Augen gehabt und sich von ihnen leiten lassen, zumindest hat er die Möglichkeit gesehen, § 1365 Abs.I BGB wie § 419 BGB auszulegen. Darauf weisen die Gesetzesmaterialien zum Gleichberechtigungsgesetz hin (119). Rittners Versuch, die Vorstellung des Gesetzgebers vom Inhalt des

§ 419 BGB und entsprechend des § 1309 Abs. I BGB als Irrtum zu bezeichnen, ist daher falsch. Es bestand, und es besteht auch heute noch - wie viele Entscheidungen zeigen - durchaus überwiegend die Vorstellung von der Bezogenheit des Vermögens auf Gegenstände, nicht auf den Vertragsinhalt. Für § 1365 Abs. I BGB können daher nur die Grundsätze gelten, die sich aus dieser Vorstellung ergeben. Die Schwierigkeiten, die sie mit sich bringt, müssen im einzelnen gemeistert werden. Im übrigen wäre es fehl, sie zu überschätzen (20). Rittners These von der Inhaltsbezogenheit des § 1365 Abs. I BGB ist daher abzulehnen. Es kommt bei § 1365 Abs. I BGB nicht darauf an, daß sich die Partelerklärungen auf das "Vermögen im ganzen" beziehen, es genügen auch Rechtsgeschäfte über Einzelgegenstände, welche das "Vermögen im ganzen" erfassen. Wann das zu bejahen ist, wird sogleich zu erörtern sein.

Die hier vertretene Auslegung führt zu einigen Zweifelsfragen, die mit dem eben behandelten Problemkreis zusammenhängen:

Greift § 1365 Abs. I Satz 1 BGB auch ein, wenn ein Ehegatte sich nicht in einem Rechtsgeschäfte, sondern in mehreren Rechtsgeschäften über Einzelgegenstände verpflichtet, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen, und die Einzelverfügungen zusammengekommen sein Vermögen im ganzen betreffen? Träfe die Bestimmung nur dann zu, wenn lediglich ein einziges Rechtsgeschäft das Vermögen im ganzen antastet, dann wäre es für einen Ehegatten leicht, sie zu umgehen. Er brauchte nur das eine Rechtsgeschäft in mehrere Einzelgeschäfte aufzuteilen, um den gleichen Erfolg zu erreichen. Andererseits hindert § 1365 Abs. I BGB einen Ehegatten nicht

---

119) BT-Drucks. 3409 S.6

120) Das sagt Haegeler selbst für die Grundbuchpraxis, Rpfleger 1960, 271 ff

daran, sein Vermögen im ganzen nach und nach zu vermindern, da er nur solche Rechtsgeschäfte beschränken will, durch die ein Ehegatte "uno actu" sein Vermögen antastet. Bei einer über längere Zeit andauernden stoßweisen Vergabe des Vermögens kann nur das letzte Rechtsgeschäft unter § 1365 Abs.I BGB fallen, das den Vermögensrest betrifft. Die erste Erwägung verlangt, § 1365 Abs.I BGB auf eine Reihe von Einzelgeschäften anzuwenden, wenn sie in ihrer Gesamtheit das Vermögen antasten, die zweite schränkt diese Forderung auf den Fall ein, daß die mehreren Rechtsgeschäfte in einem Zusammenhang stehen müssen.

Gegen die Anwendung des § 419 BGB auf eine Mehrheit von Rechtsgeschäften sind Bedenken erhoben worden (121). Sie sind bei § 419 BGB nicht unbegründet. Diese Vorschrift knüpft ihre Rechtsfolgen nämlich an die Gesamtübernahme des Vermögens. Eine Gesamtübernahme kann zweifelhaft sein, wenn mehrere Erwerber vorhanden sind. Die gleichen Bedenken bestehen bei § 1365 Abs.I Satz 1 BGB nicht. Die Bestimmung knüpft nicht an die Übernahme, sondern die Abgabe des Vermögens an, mithin nur an die Maßnahmen des verfügenden Ehegatten. Es ist nicht einzusehen, warum ein Ehegatte nicht sein Vermögen im ganzen stoßweise, aber doch "uno actu" abgeben könnte.

Eine Mehrheit von Rechtsgeschäften ist daher unter folgenden Voraussetzungen in § 1365 Abs.I BGB einzubeziehen:

1. Es muß ein Zusammenhang zwischen den mehreren Rechtsgeschäften bestehen (122). Dieser liegt vor,

---

120) Laue, AcP 146, 156, 187

121) Ripfel, BadWNotZ 1959, 51 (zitiert nach Haeggele, Rpfleger 1959, 242/243); Schulz-Kersting, FamRZ 1959, 67/68

wenn die Einzelgeschäfte zeitlich nicht weit auseinanderliegen (äußerer Zusammenhang). Die Rücksichtnahme auf den zeitlichen Zusammenhang verlangt der Schutz des Rechtsverkehrs. Selbst wenn die weitere Voraussetzung der Einbeziehung gegeben ist, wäre es für die Sicherheit des Rechtsverkehrs unerträglich, die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes über eine nicht unwesentlich längere Zeit hinaus in der Schwebe zu halten 122).

2. Der Ehegatte muß sich bewußt sein, daß die mehreren Rechtsgeschäfte wirtschaftlich eine Einheit darstellen 123) (innerer Zusammenhang). Er braucht aber nicht zu wissen, daß die Mehrheit der Einzelgeschäfte sein Vermögen erschöpft, denn das Bewußtsein, das Vermögen im ganzen zu übertragen, braucht - wenigstens beim Ehegatten - nicht vorzuliegen.

Auf die Person des Vertragspartners kommt es dagegen wegen der Einseitigkeit der Beschränkung des § 1365 Abs. I Satz 1 BGB nicht an. Es ist daher bedeutungslos, ob der Ehegatte mit mehreren Vertragspartnern Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat oder nur mit einem, ob die mehreren Vertragspartner in Verbindung stehen oder nicht 124).

Die zweite hierher gehörige Frage geht dahin, ob § 1365 Abs. I BGB auf die sogenannten Erwerbsmodalitäten, wie z.B. die Bestellung einer Kaufpresthypothek auf einem zu erwerbenden Grundstück, anzuwenden ist. Außer Schulz-Kersting bejaht in diesem Falle niemand § 1365 Abs. I BGB 125). Die

---

122) Vgl. Haegele, Rpfleger 1951, 242/244

123) Pikalo, RdL 1958, 281/289

124) So aber: Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 228; ähnlich wie hier: OLG Hamm, Rpfleger 1960, 227

125) FamRZ 1959, 67/68; gegen ihn OLG Hamm, FamRZ 1959, 66; LG Münster, DNotZ 1959, 546

Anwendung der Bestimmung ließe sich nur mit formalistischen Gründen rechtfertigen. Es ist zwar zuzugeben, daß die Belastung erst dann erfolgen kann, wenn der zu erwerbende Gegenstand Vermögen des Ehegatten geworden ist (126). Dieser rein konstruktiven Erwägung steht aber der auf wirtschaftliche Zwecke abgestellte Sinn des § 1365 Abs I BGB entgegen. Die Verpflichtung des Erwerbers, das zu erwerbende Grundstück mit einem Grundpfandrecht zu belasten, soll dem Veräußerer die Arbeit und die Kosten der Bestellung und der (nach erfolgter Übertragung) erforderlichen Umschreibung eines Eigentümergrundpfandrechtes ersparen. Wirtschaftlich gesehen, handelt es sich daher in der Tat um den "Erwerb belasteten Vermögens" (127). Juristisch läßt sich dieser Vorgang allerdings nicht mit der Formel "Erwerb belasteten Vermögens" erfassen. Man kann diese Erscheinung jedoch in den Begriff des Verpflichtungsgeschäftes in § 1365 Abs. I Satz 1 BGB einfügen. Die Verpflichtung, den Gegenstand zu belasten, ist untrennbar mit dem sonstigen Inhalt des Vertrages verbunden. Dessen Hauptgewicht liegt aber auf der Tatsache, daß der Ehegatte den Gegenstand erwerben soll. Ein Erwerbsgeschäft ist keine Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen. Die nach dem Hauptzweck des Vertrages erforderliche Gesamtwürdigung des Vertrages läßt diesen daher nicht als Verpflichtung i.S. des Satzes I erscheinen.

Verpflichtungsgeschäfte dieser Art fallen also nicht unter § 1365 Abs. I Satz 1 BGB.

Die Untrennbarkeit der Verpflichtung zur Belastung des Gegenstandes von dem sonstigen Vertragsinhalt ist jedoch zur Voraussetzung dafür zu erheben, daß § 1365 Abs. I BGB entfällt. Denn der Zusammenhang

---

126) Vgl. Staudinger-Engelmann (9. Aufl., 1926)

§ 1445 Anm. II 1 b

127) OLG Hamm, FamRZ 1959, 166

zwischen Erwerb und Belastung stellt erst sicher, daß nicht eine Belastung erfolgt, die mit dem Erwerb nicht oder nur mittelbar in Verbindung steht. Wann dieser erforderliche Zusammenhang vorliegt und wann nicht, muß der Prüfung des Einzelfalles vorbehalten bleiben 128).

Das wesentliche Ergebnis der Untersuchung des rechtsgeschäftlichen Bestandteils der Gesamtvermögensverfügung ist die Erkenntnis, daß § 1365 Abs.I BGB die Zustimmung des anderen Ehegatten nur zu solchen Verfügungen verlangt, die zur Erfüllung einer zustimmungsbedürftigen Verpflichtung erfolgen, und kein Verpflichtungsgeschäft voraussetzt, dessen Inhalt sich auf das Vermögen im ganzen bezieht.

---

128) Vgl. die Bedenken Meyers in FamRZ 1958, 469

#### § 4. Das "Vermögen im ganzen".

Die Untersuchung zum Begriff des Gesamtvermögensverfügung ging von der Einsicht aus, daß die Gesamtvermögensverfügung neben dem rechtsgeschäftlichen als zweiten Bestandteil das "Vermögen im ganzen" aufweist. Da - wie oben festgestellt - auch Rechtsgeschäfte über Einzelgegenstände unter § 1365 Abs. I BGB fallen können, kommt es auf diesen Bestandteil zur Bestimmung der von § 1365 BGB betroffenen Geschäfte entscheidend an. "Vermögen im ganzen" bedeutet nunmehr dasselbe wie "ganzes Vermögen". Der Begriff ist danach nicht mehr nur eine formelle Bezeichnung für den Gegenstand des Verpflichtungsgeschäftes, sondern er hat einen wertenden materiellen Inhalt, er besagt jetzt, daß das, worüber ein Ehegatte verfügen will, "Vermögen" sein muß. Was ist darunter in § 1365 BGB zu verstehen?

##### I. Zum Begriff des Vermögens im allgemeinen.

Die Frage nach dem Vermögensbegriff in § 1365 Abs. I BGB wäre leicht zu beantworten, wenn das bürgerliche Recht einen einheitlichen Vermögensbegriff kennen würde. Das BGB verwendet den Begriff "Vermögen" an einigen Stellen, ohne seinen Inhalt zu bestimmen, z.B. in den §§ 310, 311, 419, 1822 Ziff. 1, 1922 Abs. I BGB. Die Lehre vom Vermögen ist im bürgerlichen Recht im Anschluß an das Pandektenrecht vernachlässigt worden. Dem Gesamtvermögen kam im Pandektenrecht keine wesentliche rechtliche Bedeutung zu. Der Aufbau des Rechtssystems ging vom Einzelgegenstand aus (29). Nur im Familienrecht, im Erbrecht und im Handelsrecht kennt das geltende Recht bestimmte (Sonder-) "Vermögen".

Weil das Gesetz selbst an einigen Stellen vom "Vermögen" spricht, hat sich die Lehre alsbald be-

---

129) Vgl. Wieacker, Zum System des deutschen Vermögensrechts, 1941

müht, einen innerlichen Vermögensbegriff für das bürgerliche Recht zu entwickeln 130). Sie hat den sogenannten juristischen Vermögensbegriff aufgestellt, nach dem unter Vermögen die Gesamtheit aller einer Person zustehenden Rechte verstanden wird 131).

Dieser Vermögensbegriff wird heute als maßgeblich anerkannt 132). Es ist jedoch streitig, wodurch die Rechte gekennzeichnet sein müssen, durch ihren Geldwert oder dadurch, daß sie Gegenstand einer Veräußerung sein können 133). Es liegt auf der Hand, daß der juristische Vermögensbegriff nur formellen Charakter hat; er ist nur eine Sammelbezeichnung für die Gesamtheit der Einzelrechte. Einen eigenen materiellen Inhalt hat er nicht.

Demgegenüber betont ein Teil der Lehre - und auch das RG lehnt es nicht von vornherein ab 134) -, für das bürgerliche Recht dürfe man nicht einseitig nur auf den die Aktiven umfassenden juristischen Vermögensbegriff zurückgreifen 135). Vielmehr könne "Vermögen" ebensogut die Wertdifferenz zwischen Aktiven und Passiven im Sinne eines Wertbegriffes bedeuten. So meint v. Tuhr, "Vermögen" als Wertdifferenz werde am besten dem Sprachgebrauch gerecht, deshalb sei von dieser Deutung immer dann auszugehen, wenn das Gesetz selbst keine Inhaltsbestimmung gebe. "Vermögen" sei ferner vom Wechsel der einzelnen Vermögensgegenstände unabhängig und mit diesen nicht identisch 136). Das ist der wirtschaftliche Vermögensbegriff.

---

130) Cosack-Mitteis, 1. Bd., § 23; v. Tuhr, 1. Bd., S. 311 ff; Windscheid-Kipp, 1. Bd., § 42

131) Enneccerus-Nipperdey § 131 II 4

132) Palandt-Danckelmann § 311 Anm. 4

133) Sohm, ArchbürgRecht 28, 173/181

134) RGZ 69, 283/288

135) Wieacker, AcP 148, 57 ff; Oertmann Vorbem. 5 vor § 90

136) v. Thur, 1. Bd., S. 324

Von beiden Vermögensbegriffen verschieden ist ein dritter, der in den §§ 38 HGB. 1893, 1922 Abs.I BGB begegnet. Hier versteht das Gesetz das Vermögen als Inbegriff der Aktiven und Passiven. Dieser Vermögensbegriff ist - wie schon hier gesagt werden kann - für § 1365 Abs.I BGB nicht brauchbar: er wäre zwar mit § 1364 Abs.II BGB in Einklang zu bringen, aber entsprechend dem Zweck der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie kommt es in § 1365 Abs.I BGB allein auf die Beeinträchtigung von für die Familie positiven Werten an, daher ist nur ein Vermögensbegriff brauchbar, der nur diese Werte umfaßt.

Man streitet sich nicht darüber, daß die beiden vorherrschenden Vermögensbegriffe nicht starr auf jede Norm anzuwenden sind, in der von "Vermögen" die Rede ist. Entscheidend sei vielmehr der Zweck der Norm, der den Inhalt des Begriffes modifizieren könne. Das ist nichts anderes als das Eingeständnis, daß es für das bürgerliche Recht keinen einheitlichen Vermögensbegriff gibt. Die Frage lautet daher immer, was nach dem Schutzzweck der einzelnen Bestimmung, also des § 1365 Abs.I BGB, und dem Inhalt einer Bestimmung unter "Vermögen" zu verstehen ist.

Denkbar ist nun, daß "Vermögen" in § 1365 Abs.I BGB die Wertdifferenz zwischen Aktiven und Passiven (wirtschaftlicher Vermögensbegriff) oder die Gesamtheit der Aktiven (juristischer Vermögensbegriff) oder nur besondere Vermögensgegenstände oder Vermögensinbegriffe bedeutet.

## II. Die verschiedenen Vermögensbegriffe und § 1365 Abs.I BGB.

Aus der wirtschaftlichen Zielsetzung des § 1365 Abs.I BGB folgert Schulz-Kersting, es müsse der wirtschaftliche Vermögensbegriff gelten (137).

Denn für die Existenzgrundlage der Familie sei überhaupt nur das von Bedeutung, was nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibe. Eine Stütze für seine Auffassung sieht er in den §§ 1375 ff BGB: "Vermögen" sehe das Gesetz hier als reinen Wertbegriff an, nämlich als das "Nettvermögen". Ebenso müsse es bei § 1365 Abs.I BGB sein.

Die herrschende Meinung teilt die Ansicht Schulz-Kerstings nicht, sie kennt den rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff für § 1365 BGB ab 138). Vorweg ist der Hinweis nötig, daß die §§ 1375 ff BGB Schulz-Kerstings Ansicht nicht stützen. Die genannten Bestimmungen stehen im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns. Der Sinn des § 1365 Abs.I BGB kann jedoch nicht in erster Linie vom Ausgleichsanspruch her erfaßt werden (s.S.13). Infolgedessen darf für § 1365 Abs.I BGB nicht ein Vermögensbegriff herangezogen werden, den das Gesetz im Zusammenhang mit der Regelung des Ausgleichsanspruchs aufgestellt hat. Der Vermögensbegriff des § 1365 Abs.I BGB folgt daher nicht den §§ 1375 ff BGB, sondern ist besonders zu ermitteln. Es ist natürlich denkbar, daß für § 1365 BGB der gleiche Begriff gilt, er stimmt dann aber nur zufälligerweise mit dem der §§ 1375 ff BGB überein.

Wird aber nun überhaupt der wirtschaftliche Vermögensbegriff dem Zweck des § 1365 Abs.I BGB gerecht? An folgenden Beispielen mag er sich bewähren:

1. Ein Ehegatte hat nur Aktiva.
2. Er hat überwiegend Passiva,
  - a) in Form persönlicher Verbindlichkeiten,
  - b) in Form dinglicher Belastungen seiner Aktiven.
3. Er hat überwiegend Aktiva, daneben Passiva,

- a) in Form persönlicher Verbindlichkeiten,
- b) in Form dinglicher Belastungen seiner Aktiven.

Im Fall 1 (der Ehegatte hat nur Aktiva) führt der wirtschaftliche Vermögensbegriff zu einem zweckentsprechenden Ergebnis. Das Nettovermögen und die Aktiven sind "identisch".

Hat der Ehegatte überwiegend persönliche Schulden (Fall 2 a), kann die Übertragung aller Aktiven nicht unter § 1365 Abs. I BGB fallen, weil kein (Netto) Vermögen vorhanden ist.

Diese Folge, die sich aus der Anwendung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes ergibt, würde der Zielsetzung des § 1365 Abs. I BGB nur dann noch entsprechen, wenn in Fall 2 a die Aktiven für die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie keine Bedeutung hätten. Das kann man aber keineswegs sagen. Falls persönliche Verbindlichkeiten bestehen, kann es zwar dazu kommen, daß im Wege der Haftung für sie die gesamten Aktiven beansprucht werden. Das Bestehen persönlicher Verbindlichkeiten besagt aber noch nicht, daß die Aktiven auf jeden Fall den Zwecken der Familie entzogen sind. Sie sind im Gegenteil zum Nutzen der Familie solange frei verfügbar, bis ein Haftungstatbestand eintritt. Es besteht bei ihnen daher durchaus die Möglichkeit, daß sie zur Erhaltung der Existenzgrundlage der Familie einzusetzen sind. Es muß der Familie daher nicht erst das "haften", was nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibt.

Damit erweist sich der wirtschaftliche Vermögensbegriff in einem wichtigen Falle als unbrauchbar.

Besteht das Vermögen des Ehegatten in Aktiven, die dinglich belastet sind (Fall 2 b und 3 b), so verfügt der Ehegatte über sein Vermögen nur, wenn er den nach Abzug der dinglichen Lasten verbleibenden Wert erschöpft. Da ein Gegenstand nämlich, soweit er dinglich belastet ist, für den Ehegatten keinen



ist die Tatsache, daß Geschäfte über Einzelgegenstände typischerweise entgeltlich sind und entgeltliche Geschäfte über das Vermögen im ganzen im engeren Sinne kaum vorkommen, der Hauptgrund dafür, den § 1365 Abs.I BGB auf Fälle zu beschränken, die eine vorweggenommene Erbfolge darstellen.

Die herrschende Meinung beachtet die Gegenleistung nicht 142). Sie begründet ihre Ansicht mit dem Hinweis auf die gleiche Auffassung zu § 311 und § 419 BGB, in denen das Vermögen auch nicht als unabhängige Wertgröße verstanden werde. So war z.B. auch das RG immer bestrebt, dem Wortlaut des § 419 BGB treu zu bleiben, der unentgeltliche und entgeltliche Geschäfte nicht unterscheidet 143). Dieser Rechtsprechung folgt der BGH grundsätzlich auch heute noch 144). Bevor man sich jedoch auf die §§ 311 und 419 BGB beruft, deren Tatbestand, Schutzzweck und Rechtsfolgen von § 1365 Abs.I BGB abweichen, sollte man versuchen, aus den Vorschriften des ehelichen Güterrechts selbst eine Antwort zu finden.

Grob besehen scheint der Schutzzweck des § 1365 Abs.I BGB der herrschenden Meinung zu widersprechen. Wenn ein Ehegatte von seinem Vermögen die Hälfte ohne Zustimmung vererben kann, warum sollte er nicht sein ganzes Vermögen für eine angemessene Gegenleistung veräußern dürfen? Oder warum kann ein Ehegatte sein Haus nicht ohne Zustimmung gegen ein anderes gleichwertiges eintauschen?

---

142) Bosch, FamRZ 1958, 289/294; Tiedau, MDR 1958, 377/378; Sichtermann, Betr. 1959, 163; Fischer, NJW 1960, 937/939; Palandt-Lauterbach § 1365 Anm.2; Massfeller-Reinicke § 1365 Anm.2; Erman-Finke § 1365 Anm.3; OLG Hamm, Rpfleger 1960, 224; BayObLG, FamRZ 1960, 31; BGH, NJW 1961, 1301/1302.

143) RGZ 69, 288; 148, 257/265.

144) BGH, NJW 1960, 1757.

Gegen die Umsetzung des Vermögens in Bargeld erhebt sich der Einwand, sie gefährde infolge der leichten Verbrauchbarkeit des Geldes die Existenzgrundlage der Familie 145). Damit verkennt man aber dies: § 1365 Abs. I BGB schränkt nur die Rechtsgeschäfte ein, die das Vermögen der Familie unmittelbar gefährden. Das sind im obigen Fall die Rechtsgeschäfte, durch die der Ehegatte das Geld verbraucht. Um solche späteren Geschäfte zu verhindern, kann man nicht die vorhergehenden, die das Vermögen nicht unmittelbar betreffen, an die Zustimmung binden 146). Nach der abzulehnenden Ansicht würde auch der Ehegatte bevorzugt sein, der nur über Barvermögen verfügt. Ferner müßte § 1365 Abs. I BGB entfallen, wenn die Gegenleistung nicht leicht verbrauchbar ist. Die Beispiele zeigen, daß es im konkreten Falle oft nicht zur Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage kommt. Entfällt § 1365 Abs. I BGB aber immer deshalb, wenn es an einer Gefährdung im konkreten Falle fehlt, weil die Gegenleistung angemessen ist?

Der Abs. II des § 1365 BGB läßt erkennen, daß die Vorschrift diesen Inhalt nicht hat. Auch bei ordnungsmäßiger Verwaltung ist ein Ehegatte an die Zustimmung seines Ehepartners gebunden. In der Regel ist eine entgeltliche, zu voller Gegenleistung führende Verfügung eine ordnungsmäßige Verwaltung. Ist in Abs. I aber die Gegenleistung erheblich, dann trafe Abs. II nur noch die unentgeltlichen Geschäfte. Er sankte zu einer Bedeutungslosigkeit herab, die er angesichts seiner Vorbilder, der §§ 1447, 1379 BGB a.F., nicht haben kann. Auch ein Vergleich mit § 1444 BGB a.F. rechtfertigt es, die Gegenleistung nicht zu beachten. Hätte § 1444 BGB a.F. (bzw. § 1423 BGB) nur unentgeltliche Geschäfte zum Gegenstande, wäre er doch wohl wegen § 1446 BGB a.F. (bzw. § 1425 BGB) überflüssig gewesen, der die unentgeltlichen Geschäfte besonders regelt. Wie bei seinen Vorbildern hat

---

145) Eppig S. 26

146) Fischer, NJW 1960, 937/939 unter II 1

daher auch bei § 1365 Abs.I BGB die Gegenleistung unberücksichtigt zu bleiben.

Hieraus folgt, daß § 1365 Abs.I BGB nicht auf eine konkrete Gefährdung der Familie abstellt, sondern vermeiden will, daß das Vermögen eines Ehegatten im ganzen überhaupt dem rechtsgeschäftlichen Risiko ausgesetzt wird, es also der potentiellen Gefährdung entziehen will, die jedes Rechtsgeschäft mit sich bringt. Der Begriff "Vermögensumschichtung" ist demnach auch kein taugliches Kriterium für § 1365 Abs.I BGB. Ob ein Rechtsgeschäft lediglich eine "Vermögensumschichtung" herbeiführt, läßt sich nur ex post beurteilen. Eine solche Betrachtungsweise ist bei einer Vorschrift, die zum Schutze bestimmter Interessen an die Vornahme des Rechtsgeschäfts anknüpft, nicht am Platze. Sie übergeht den Gesichtspunkt der potentiellen Gefährdung. Es widerspricht daher auch nicht der wirtschaftlichen Zielsetzung der Bestimmung, sondern ist gerade eine Forderung ihrerseits, als Vermögen nur den Wert anzusehen, der unmittelbar vor dem Rechtsgeschäft in bestimmten Gegenständen verkörpert ist. Daraus ergibt sich, daß § 1365 Abs.I BGB auch die Substanz des Vermögens, nicht nur den abstrakten Geldwert schützen will. Nur so ist ein wirksamer Schutz des Wertes möglich. Der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff verlangt daher bei der Beurteilung der Gegenleistung.

Im Rahmen der Prüfung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes sind weiterhin das Bestehen und die Übernahme persönlicher Verbindlichkeiten zu erörtern. Als Beispiel diene folgender Sachverhalt: Ein Ehegatte hat ein Aktivvermögen im Werte von DM 40 000 -. Kann er ohne Zustimmung eine Bürgschaft in gleicher Höhe eingehen? Die Verpflichtung erschöpft unmittelbar den Reinwert des vorhandenen Vermögens. Der wirtschaftliche Vermögensbegriff verlangt es, § 1365 Abs.I BGB anzuwenden. Das Ergebnis entspricht auch dem Schutzzweck der Vorschrift: Zwar stehen die vorhandenen Aktiven der Familie weiterhin frei zur Verfügung, aber es droht die Gefahr, daß der in ihnen steckende Wert im Wege der Haftung für die übernommene Verbindlich-

keit beansprucht wird. Die rechtliche Möglichkeit, weiterhin über die Aktiven verfügen zu können, wiegt wirtschaftlich die Verschuldung nicht auf. Eine völlige Verschuldung ist ebenso zu behandeln wie die Veräußerung des gesamten Vermögen. Bei ihr ist das Vermögen nur noch Attrappe.

Folgerichtig muß § 1365 Abs.I BGB auch eingreifen, wenn ein Ehegatte bei einem Aktivvermögen im Werte von DM 40 000.-- und persönlichen Verbindlichkeiten in Höhe von DM 20 000.-- eine Verpflichtung im Werte von DM 20 000.-- übernehmen will. Hier geht der wertmäßig noch freie Teil des Vermögens ebenfalls "verloren". Entschiede man anders, könnte der Ehegatte den im vorhergehenden Fall mißbilligten Erfolg mühelos dadurch erreichen, daß er statt einer Verpflichtung von DM 40 000.-- zwei von je DM 20 000.-- einginge.

Bei den vorangegangenen Beispielen reicht der wirtschaftliche Vermögensbegriff aus. Er versagt jedoch wieder, wenn ein Ehegatte mit einem Aktivvermögen in Höhe von DM 40 000.-- und persönlichen Schulden in gleicher Höhe eine weitere Verbindlichkeit eingehen will. Der Ehegatte hat hier überhaupt kein Nettovermögen. Dennoch ist der Schutz des § 1365 I BGB erforderlich, weil der wirtschaftliche Wert der Aktiven genau so in Gefahr gerät, wie wenn überhaupt noch keine Verbindlichkeiten beständen (s.S.71). Ob das Vermögen im ganzen erschöpft wird, ist dabei nach dem Verhältnis der (weiteren) Verbindlichkeit zum Gesamtwert der Aktiven zu prüfen. Der Schutzzweck des § 1365 Abs.I BGB leitet im letzten Beispiel noch über den wirtschaftlichen Vermögensbegriff hinaus.

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, wird der wirtschaftliche Vermögensbegriff dem Zweck des § 1365 Abs.I BGB nur zum Teil gerecht. Es fragt sich daher, ob vielleicht der juristische Vermögensbegriff, von dem die herrschende Meinung bei § 1365 Abs.I BGB ausgeht (s.S. 64,66), im ganzen eher dem Ziel der Vorschrift entspricht.

Der wirtschaftliche Vermögensbegriff hat sich dort als unbrauchbar erwiesen, wo wegen überwiegender persönlicher Verbindlichkeiten die Verfügung über die Aktiven keine Gesamtvermögensverfügung mehr ist. In diesem Falle wird dagegen der juristische Vermögensbegriff der Zielsetzung der Bestimmung gerecht, weil er persönliche Verbindlichkeiten nicht mitumfaßt.

Ebenso führt er zu einem zweckentsprechenden Ergebnis, wenn Aktive dinglich belastet werden sollen. Nur schießt das hier mit ihm Erreichte über das Ziel hinaus: Auch bei geringfügigen Belastungen oder bei Verfügungen über völlig belastete oder wertlose Gegenstände, deren Veräußerung keinen Erlös mehr bringen würde, mußte § 1365 Abs.I BGB eingreifen. Ähnlich hat in der Tat das RG zu § 419 BGB entschieden 147). Es meint, für die Frage, ob ausgeschlossene Vermögensgegenstände im Verhältnis zum ganzen Vermögen unbedeutend seien, komme es nicht auf die dingliche Belastung an. Vielmehr lasse sich immer nur der Wert, den das Vermögensstück als solches habe, d.h. ohne eine derartige Belastung, mit dem Werte des ganzen Vermögens vergleichen. Der Auffassung des RG hat schon das KG widersprochen: Für die Bewertung nicht mitübertragender Vermögensstücke sei nicht der juristische Vermögensbegriff entscheidend, sondern der Wert, den die ausgeschlossenen Objekte für die Gläubiger hätten 148). Folgt man der Ansicht des RG, dann würde im umgekehrten Falle der völligen Belastung keine Verfügung über das Vermögen im ganzen liegen. Gerade eine solche ist indessen ein Fall der Gesamtvermögensverfügung (völlig unstreitig).

Die herrschende Meinung zu § 1365 Abs.I BGB entspricht der Rechtsprechung des KG. Sie korrigiert den juristischen Vermögensbegriff mit der sog-

---

147) RG, JW 1919, 822; anders noch RG, Recht 1912, Nr. 203

148) KG, JW 1936, 3263; OLG Stuttgart, NJW 1952, 1019

nannten "wirtschaftlichen Betrachtungsweise". Daher sieht sie die Belastung eines Grundstücks, das das ganze Vermögen eines Ehegatten bildet, nur dann als eine Gesamtvermögensverfügung an, wenn sie den Verkehrswert des Grundstücks erschöpft (149). Umgekehrt hält sie eine Gesamtvermögensverfügung nicht mehr für möglich, wenn ein Grundstück bereits völlig belastet ist. Die Übertragung nur eines Bruchteils eines Vermögens unterstellt sie niemals dem § 1365 Abs. I BGB (150).

Der juristische Vermögensbegriff versagt dagegen gegenüber dem Schutzgedanken des § 1365 Abs. I BGB, wenn es um die Beurteilung des Bestehens oder der Übernahme persönlicher Verbindlichkeiten geht. Die herrschende Meinung korrigiert hier den juristischen Vermögensbegriff nicht, infolgedessen beachtet sie persönliche Verbindlichkeiten nicht. Dem Zweck der Vorschrift entspricht - wie oben dargelegt - diese Auffassung nicht. Er verlangt nach einer anderen Behandlung der persönlichen Verbindlichkeiten.

Bezüglich der Gegenleistung kommt man mit dem juristischen Vermögensbegriff wieder zu einer zweckentsprechenden Lösung, weil sie bei ihm ohnehin außer Betracht bleibt.

- 
- 149) Merdsche, NJW 1958, 1729; Tiedau, MDR 1958, 377/378; Schulz-Kersting, FamRZ 1959, 67/68; Lorenz, JZ 1959, 105/106; Schulz, DRiZ 1959, 76/79; Koeniger, DRiZ 1959, 372; OLG Hamm, NJW 1959, 104; LG Berlin, FamRZ 1959, 64/66; LG Nürnberg-Fürth, NJW 1959, 104; LG Oldenburg, MDR 1959, 573; OLG Düsseldorf, JMBI NW 1959, 53. A.A.: Hoche, NJW 1959, 2069; Bosch, FamRZ 1959, 167/168; Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 228/233; LG Siegen, FamRZ 1959, 64; Gaa S. 95
- 150) RGRK § 1365 Anm. 10/11; a.A. Reinicke, BB 1957, 564; Rittner, FamRZ 1961, 1/16

Es hat sich demnach erwiesen, daß auch der juristische Vermögensbegriff dem Ziel des § 1365 Abs.I BGB nicht vollauf genügt.

Neben dem wirtschaftlichen und juristischen Vermögensbegriff ist es ferner noch denkbar, daß § 1365 Abs.I BGB unter "Vermögen" nur bestimmte Vermögensgegenstände oder -inbegriffe versteht, seine Ausdrucksweise also im Gegensatz zum Inhalt zu abstrakt ist, was insbesondere Rittner meint 151). Mit dem Schutzgedanken der Vorschrift ist die Beschränkung auf bestimmte Vermögensobjekte indes nicht vereinbar. Sie widerspricht auch dem Wortlaut der Bestimmung. Wirtschaftliche Werte, die für die Vermögensgrundlage der Familie wichtig sind, können alle Gegenstände verkörpern. Es ist schon dargelegt worden, daß eine derartige Begrenzung nicht Sinn des Gesetzes sein kann. Ihr kommt für die folgenden Erörterungen deshalb keine Bedeutung mehr zu.

III. Das "Vermögen" nach der ratio des § 1365 Abs.I BGB.

Die Überprüfung der beiden vorherrschenden Vermögensbegriffe anhand der denkbaren Sachverhalte hat ergeben, daß dem Zweck des § 1365 Abs.I BGB weder der wirtschaftliche noch der juristische Vermögensbegriff vollauf gerecht werden können. Dies hat sich insbesondere bei der Behandlung der dinglichen und persönlichen Lasten gezeigt. Der dem § 1365 Abs.I BGB angemessene Vermögensbegriff setzt sich vielmehr aus Elementen der beiden vorherrschenden Vermögensbegriffe wie aus weiteren Ergänzungen zusammen. Eine umfassende Bezeichnung läßt sich schwerlich für ihn finden, sie würde auch sachlich nichts zu seiner Charakterisierung beitragen. Es empfiehlt sich daher eher, ihn durch einige Grundsätze zu umschreiben. Nach dem Schutzzweck des § 1365 Abs.I BGB liegt die Bedeutung des Vermögens in seiner Eigenschaft als wirtschaftliche Grundlage der Familie, als ihr materieller Rückhalt. Der Gedanke der

Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage verlangt daher zunächst, das "Vermögen im ganzen" als den - z.B. durch Verkauf - realisierbaren Gesamtwert (Geldwert), den die Aktiven verkörpern (also nicht den Wert der Aktiven als solchen), zu bestimmen. Denn nur insoweit, als sich aus den Aktiven ein Erlös erzielen lassen würde, hat das "Vermögen" als materieller Rückhalt der Familie überhaupt Bedeutung. Damit ist zugleich das Bestehen dinglicher Lasten berücksichtigt sowie auch der Umstand, daß überhaupt ein realisierbarer Wert vorhanden sein muß 152). Der Zweck des Schutzes der wirtschaftlichen Grundlage erfordert darüberhinaus, bei der Bewertung bestehender persönlicher Verbindlichkeiten den Begriff des "realisierbaren Gesamtwertes" zu modifizieren: Der Gesamtwert mindert sich um die bestehenden persönlichen Verbindlichkeiten, sofern sich deren Beachtung zugunsten der Familie auswirkt. "Vermögen im ganzen" kann also bereits auch schon das "Nettovermögen" sein 153).

Nur das "Vermögen im ganzen" meint § 1365 Abs.I BGB, das bei Abschluß des Rechtsgeschäftes vorhanden ist 154). Für die Sicherheit des Rechtsverkehrs wäre es nämlich unerträglich, ein in der Vergangenheit abgeschlossenes Verpflichtungsgeschäft für unwirksam zu erklären, wenn sein "Gegenstand" später bei seiner Erfüllung das "Vermögen im ganzen" verkörpern würde. § 1365 Abs.I BGB sichert daher nur das gegenwärtige, nicht das zukünftige Vermögen.

---

152) Dessen nähere Bestimmung folgt sogleich unter IV.

153) Vgl. dazu die Beispiele auf S. 72

154) Vgl. OLG Hamm, JMBL NW 1960, 269

Aus der Erkenntnis, daß "Vermögen im ganzen" den realisierbaren Gesamtwert der Aktiven (bzw. u.U. das Nettovermögen) bedeutet, folgt auch die Antwort darauf, wann es "Gegenstand" einer Verfügung des Ehegatten ist. Eine Verfügung im Rechtssinne über den Gesamtwert ist nicht möglich, da er kein Recht ist. Als Wertbegriff zieht er vielmehr die Konsequenz nach sich, daß es allein auf die Wirkung des rechtsgeschäftlichen Aktes einer Verfügung auf ihn ankommt, nicht dagegen auf den lediglich formalen Gesichtspunkt, daß er nur Objekt des Rechtsgeschäftes ist 155). Die Wirkung kann nur darin bestehen, daß der Gesamtwert durch Verfügung über die Gegenstände, die ihn verkörpern, auf ein anderes Rechtssubjekt verlagert und eingebüßt wird 156). § 1365 Abs.I BGB greift demnach ein, wenn ein Ehegatte sich verpflichtet, über ihm gehörende Gegenstände zu verfügen, sofern durch die Erfüllung dieser Verpflichtung - vom Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses aus betrachtet - der realisierbare Gesamtwert der Aktiven (bzw. das Nettovermögen), den sie im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses haben, im ganzen vom Ehegatten auf ein anderes Rechtssubjekt verlagert und eingebüßt wird 157).

- 155) Nochmals sei hier betont (vgl.S.68ff), daß die Gegenleistung unbeachtet bleiben muß, alle Geschäfte also so zu betrachten sind, als seien sie unentgeltlich.
- 156) Geht man in § 1365 Abs.I BGB dagegen vom juristischen Vermögensbegriff aus, so greift die Vorschrift schon dann ein, wenn alle Einzelrechte lediglich Gegenstand einer Verfügung sein sollen. Eine wirtschaftliche Wertung dann in der Weise einzuführen, daß man den Verfügungsbegriff wirtschaftlich auffaßt, ist nicht folgerichtig. Der Verfügungsbegriff ist nämlich abhängig vom Vermögensbegriff. Dieser entscheidet. Ähnlich wie hier Sichtermann, Betr.1959, 163/164.
- 157) Keine Gesamtvermögensverfügung ist danach eine Auflassungsvormerkung, Vermietung und Verpachtung, Bestellung eines Vorkaufsrechts, vgl. Schipfel, DNotZ 1961, 24/28; a.A.noch AG Bremen, Rpfleger 1960, 370.

Hat ein Ehegatte z.B. zwei Häuser im Werte von je DM 20 000.--, von denen eines völlig dinglich belastet ist, so kann er eine Bürgschaft in Höhe von DM 20 000.-- nur mit Zustimmung seines Ehepartners übernehmen; denn durch die Eingehung dieser Verpflichtung wird der realisierbare Gesamtwert von DM 20 000.-- aufgewogen und durch ihre Erfüllung auf den Gläubiger verlagert.

Mehr als den realisierbaren Gesamtwert (bzw. das Nettovermögen) im ganzen - also einen Vermögensgrundstock - will § 1365 Abs.I BGB der Familie nicht sichern. So geht aus den Gesetzesmaterialien zweifelsfrei hervor, daß die "Vinkulierung" konkreter Vermögensgegenstände abgelehnt worden ist (158). § 1365 BGB ist daher weder inhalts- noch gegenstandsbezogen, sondern in erster Linie wertbezogen.

Das "Vermögen" als Wert ist dann nicht mehr "Gegenstand" einer Verfügung im Rechtssinne. Trotzdem bleibt der rechtstechnische Verfügungsbegriff auch in § 1365 Abs.I BGB erhalten. Nur sind "Vermögen" und "verfügen" nicht im Sinne einer rechtlichen Objektbezogenheit verbunden. Eine Verbindung bleibt nur insoweit bestehen, als das Rechtsgeschäft den Gesamtwert unmittelbar erfassen muß und nicht erst im Wege der Haftung für Unmöglichkeit, Verzug usw. (159). Die Verwendung des Verfügungsbegriffes in § 1365 Abs.I BGB besagt danach, daß allein rechtsgeschäftliche Vorgänge der Zustimmung bedürfen.

---

158) BT-Drucks. 3409 S. 7 ff

159) Vgl. dazu Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 1

Der Begriff der "Verfügung" bleibt auch in § 1365 Abs.I BGB wirtschaftlich neutral 160). "Verfügung" kennzeichnet lediglich die äußere Art und Weise der Einwirkung auf das "Vermögen im ganzen". Daneben läuft aber auf Grund des Wertbegriffs des Vermögens eine wertende Betrachtung. Diese widerspricht nicht etwa der Bezugnahme auf den rechtstechnischen Verfügungsbegriff in § 1365 Abs.I BGB, sondern erklärt aus der Vielzahl möglicher Verfügungen nur solche mit bestimmter Wirkung für erheblich.

Die Möglichkeit einer solchen Deutung hat auch das RG gesehen bei der Entscheidung eines Falles zu § 1444 BGB a.F., der die Eingehung persönlicher Verbindlichkeiten betraf 161). Das RG hat § 1444 BGB aus folgenden Gründen verneint: Die eingegangene Verpflichtung stelle keine Verfügung über das Gesamtgut im ganzen dar und auch keine Verpflichtung zu einer solchen Verfügung; denn Gegenstand der Verpflichtung sei nicht ein Rechtsgeschäft nach § 1444 BGB a.F. gewesen. Die Gegenansicht müsse dazu führen, daß die "Rechtsgültigkeit jeder Verbindlichkeit des Ehemannes von einer Prüfung des wirtschaftlichen Verhältnisses der Verbindlichkeit zum Stande des Gesamtgutes bedingt" wäre. Sie würde die dem Manne zugedachte Bewegungsfreiheit im rechtsgeschäftlichen Verkehr verhindern und setze die Wirkung des Rechtsgeschäftes an die Stelle des Gegenstandes desselben.

Das RG hat ersichtlich den Begriff des Gesamtgutes als Gegenstand der Verpflichtung und Verfügung, nicht als Wertbegriff aufgefaßt; seiner Entscheidung liegt vielmehr der juristische Vermögensbegriff zugrunde. Nur von da aus ist die entscheidende Bedeutung des Satzes zu erkennen, die Berücksichtigung persönlicher Verbindlichkeiten - oder anders ausgedrückt: die Beurteilung nach dem Wert - setze die Wirkung des Rechtsgeschäfts an die Stelle seines Gegenstandes.

---

160) Entgegen Rittner, FamRZ 961, 1/5 ff

161) RGZ 54, 282

Die Entscheidung des RG mag für § 1444 BGB a.F. zutreffen. Es ist vertretbar, das "Gesamtgut im ganzen" als substantiell gebundenen Inbegriff von Aktiven zu verstehen. Auf § 1365 Abs.I BGB läßt sich diese enge Auffassung nicht übertragen. Hier ist erst zu beweisen, daß "Vermögen" als Gegenstand des Rechtsgeschäfts im technischen Sinne aufzufassen ist. Diesen Beweis kann man nur führen, wenn der Schutzgedanke der Vorschrift - wie Rittners Ausführungen zeigen - völlig unbeachtet bleibt. Die Entscheidung des RG zu § 1444 BGB a.F. ist daher für § 1365 Abs.I BGB nicht verwertbar.

Einer derartigen Deutung steht auch nicht ein in anderem Zusammenhang ausgedrücktes Bedenken Rittners entgegen: Man könne nicht einmal unter Vermögen im ganzen das im wesentlichen ganze Vermögen als Inbegriff von Gegenständen und zugleich auch den Wert verstehen (162). Dieser Einwand ist gegenüber der herrschenden Meinung berechtigt, die die Trennung von Verfügung und Vermögen als ihrem Gegenstand nicht streng durchführt. Soweit hier jedoch auch die einzelnen Vermögensstücke "vinkuliert" sein sollen, hat das seinen Grund nicht darin, daß sie Objekte des "Verfügens" sind, sondern es ist eine Folge des Schutzes des Wertes, der den Substanzschutz und die Vinkulierung der Gegenstände, die den Wert verkörpern, nach sich zieht. (s. S. 71 bei der Gegenleistung). Es verträgt sich - entgegen Rittner - mit dem Schutze des Wertes durchaus, wenn das Vermögen auch in seiner jeweiligen Gestalt geschützt wird. Der herrschenden Meinung, die heute noch grundsätzlich an dem "Vermögen" als Gegenstand des Verfügens festhält, bleibt allerdings der Vorwurf nicht erspart, daß sie mit ihrer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der Berücksichtigung dinglicher Lasten die "Wirkung des Rechtsgeschäfts ebenfalls an die Stelle seines Gegenstandes setzt", ihren Ausgangspunkt mithin damit verläßt.

Das RG und ihm folgend die heute herrschende Auffassung berufen sich schließlich auf das freie Verfügungsrecht des Ehegatten. Diese Begründung mag zur Zeit der Geltung des § 1444 BGB a.F. noch zugetroffen haben. Angesichts der Gleichberechtigung beider Ehegatten gilt sie heute nicht mehr uneingeschränkt. Ihre grundsätzliche Anerkennung bei den Gesamtvermögensgeschäften spricht nunmehr dafür, in Zweifelsfällen zuungunsten der freien Verfügungsbefugnis eines Ehegatten zu entscheiden.

Schwerer wiegt dagegen der Einwand, der Rechtsverkehr werde gefährdet und unsicher. Ohne Zweifel würde die Ausdehnung des Vermögensbegriffes den Rechtsverkehr sehr belasten, wenn sie sich ohne ein Korrektiv zu seinen Gunsten auswirken könnte. Das Korrektiv besteht darin, in § 1365 Abs.I BGB subjektive Elemente einzuführen (sog. subjektive Theorie). Das ist jedoch später näher zu erörtern. Hier ist nur zu sagen, daß z.B. Rittner dieses Korrektiv viel zu wenig gewürdigt hat und seine Bedeutung offensichtlich unterschätzt (163).

Die hier vertretene Deutung des "Vermögens" scheitert letztlich auch nicht am Wortlaut des § 1365 Abs.I BGB. Der mögliche Inhalt des Begriffes "Vermögen" ist so weit, daß er auch noch die hier vertretene Ansicht umfaßt.

Damit hat sich erwiesen, daß die Einwendungen nicht durchschlagen, die man gegen den von der ratio des § 1365 Abs.I BGB verlangten Vermögensbegriff erheben könnte.

#### IV. Das "ganze"Vermögen.

Die Frage, was unter dem "ganzen" Vermögen zu verstehen ist, wurde bisher noch nicht gestellt. Sicherlich hat dieser Begriff eine absolute untere Wertgrenze. Das folgt aus dem Sprachgebrauch dieses Wortes "Vermögen" und dem Zweck der Vorschrift. Einen gewissen objektiven Wert muß ein Gegenstand haben, wenn er als "Vermögen" angesprochen werden soll (164). Die meisten Gegenstände des täglichen Bedarfs können daher ohne Zustimmung des anderen Ehegatten veräußert werden, auch wenn sie das einzige Besitztum des Ehegatten darstellen. Bei Einzelgegenständen schaltet sich § 1365 Abs.I BGB demnach erst dann ein, wenn sie objektiv wertvoll sind. Eine feste Wertgrenze soll hier nicht angegeben werden, sie ist nicht für alle Zeiten gleichbleibend, sondern hängt von den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zeitumständen ab.

Umgekehrt entfällt § 1365 Abs.I BGB nicht deshalb, weil über einzelne objektiv nicht wertvolle Gegenstände nicht mitverfügt werden soll. Diese können daher von der Verfügung ausgeschlossen werden, ohne daß die Zustimmung des anderen Ehegatten zu dem Rechtsgeschäft entfällt.

Die soeben behandelte Frage, ob eine Gesamtvermögensverfügung dann nicht vorliegt, wenn das gesamte Vermögen des Ehegatten in relativ oder gar absolut geringfügigen Werten besteht, hat bisher ausführlich nur das OLG Frankfurt erörtert (165). Es hat das bei der Masse der kleinen Vermögenswerte verneint, um zu vermeiden, daß die Ausnahme der Zustimmungsbedürftigkeit zur Regel werde, weil jeder vorsichtige Erwerber sich dann bei den meisten Rechtsgeschäften mit einem Ehegatten um die Zustimmung des anderen Ehegatten bemühen werden, um ganz sicher zu gehen.

---

164) Eppig S 27; RGZ 134, 124

165) NJW 1960, 2002

Soweit das OLG Frankfurt objektiv unbedeutende Werte aus § 1365 Abs. BGB ausschließen will, ist ihm zuzustimmen. Bedenklich muten dagegen die weiteren Ausführungen an, in denen das OLG darlegt, § 1365 Abs.I BGB treffe nicht bei jeder Verfügung über ein einzelnes Vermögensstück zu, das zufällig bei Vertragsschluß den einzigen greifbaren Vermögenswert des verfügenden Ehegatten darstelle, sondern nur bei einer solchen, die tatsächlich die wirtschaftliche Grundlage der Familie angreife. Daher brauch auch bei Fehlen sonstiger Vermögenswerte die Verfügung eines Ehegatten über einzelne Vermögensstücke von nicht bedeutendem Werte, etwa über ein Sparguthaben von DM 1 000.-- bis DM 2 000.-- oder über ein Grundstück in gleichem Werte, nicht eine Verfügung über das Vermögen im ganzen zu sein, z.B. dann nicht, wenn der Veräußerer über ein gesichertes Einkommen verfügt, das die eigentliche Existenzgrundlage der Familie ausmache<sup>166)</sup>. So gesehen erhebe sich die Frage, ob etwa einer Rente, die in Wahrheit die hauptsächliche Existenzgrundlage der Familie bilde, bei der Umgrenzung des Vermögens im ganzen die rechtliche Bedeutung abzusprechen sei.

Es ist bedenklich, wenn das OLG darauf abstellt, das Vermögen müsse "tatsächlich" die wirtschaftliche Grundlage der Familie sein. § 1365 Abs.I BGB will der Familie nämlich gerade auch die mögliche Grundlage ihrer materiellen Existenz, deren Rückhalt sichern. Ein Einkommen, und sei es auch im Augenblick noch so hoch, das tatsächlich die wirtschaftliche Grundlage der Familie bildet, trägt nichts zur "Umgrenzung des Vermögens im ganzen" bei. Sein Sinn liegt darin, daß es als "Vermögen" zugelegt wird. Hat es sich einmal darin umgewandelt, dann ist es "Vermögen", das unter § 1365 Abs.I BGB fällt. Das OLG hat seine These aber auch nicht streng durchgeführt. Denn sonst wäre es unverständlich, weshalb sie nur bei "nicht bedeutenden" Vermögenswerten gelten soll.

---

166) Vgl. Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm.1 a.E.; a.A. OLG Bremen, NJW 1960, 825/826

Bedenken erregen insbesondere die Folgen der Auffassung des OLG; denn sie führt dazu, bei der Bestimmung des Vermögensbegriffes nicht mehr nur auf den realisierbaren Gesamtwert abzustellen, sondern weitere Kriterien heranzuziehen, wie z.B. die Bedürfnisse der einzelnen Familien, ihr sozialer Stand, ihre Größe, die Anzahl der verdienenden Familienmitglieder. Die Rücksicht auf solche Umstände beeinträchtigt den wirksamen Familienschutz und bringt auch dem Rechtsverkehr mehr Nachteile als Nutzen. Dritte, die sie unmöglich erkennen, geschweige denn nachprüfen können, werden weiterhin vorsorglich die Zustimmung verlangen. Es empfiehlt sich daher, den Vermögensbegriff objektiv und schematisch nach dem realisierbaren Gesamtwert zu bestimmen, vor allem deshalb, damit ein jeder weiß, mit welchen Rechtsfolgen er zu rechnen hat.

Zur Problematik des "ganzen" Vermögens gehört weiterhin die Frage, ob § 1365 Abs.I BGB auch dann anzuwenden ist, wenn der Ehegatte Gegenstände zurückbehält, die zwar absolut einen beachtlichen Wert verkörpern, aber im Vergleich zu dem, worüber der Ehegatte verfügen will, doch relativ wertlos sind. Ein Ehegatte hat z.B. ein Vermögen im Werte von einer Million. Er will dies bis auf einen Restwert von DM 10 000.-- übertragen.

Die herrschende Meinung beurteilt nach dem Verhältnis des Gesamtvermögens zu dem ausgeschlossenen Rest, ob der Ehegatte über sein Vermögen im ganzen verfügt (167). Sie versucht sogar mit ca. 75 % des Gesamtvermögenswertes eine feste Grenze anzugeben (168). Ihr Maßstab ist also relativ zum Gesamtvermögen. Im Beispiel greift § 1365 Abs.I BGB daher ein. Der Millionär könnte nach der Wertgrenze von 75 % des Gesamtwertes bis auf einen Rest von DM 250 000.-- frei verfügen.

---

167) RGRK § 1365 Anm.6-8; Palandt-Lauterbach § 1365 Anm.2; BGH, NJW 1961, 1301/1304

168) Schulz-Kersting, JR 1959, 134/138

Diese Begrenzung entspricht grundsätzlich dem Schutzzweck der Vorschrift. § 1365 Abs. I BGB will im Interesse der Familie den Grundstock des Vermögens erhalten. Was Grundstock ist, kann nur aus einem Vergleich mit dem Gesamtvermögen ermittelt werden. Es ist daher richtig, einen durch den Gesamtwert bedingten relativen Maßstab anzulegen. Darin liegt kein Widerspruch zu der oben geforderten objektiven und schematischen Bestimmung des Vermögens, da alleiniges Kriterium der realisierbare Geldwert bleibt. Andernfalls würde § 1365 Abs. I BGB in allen Fällen auf eine "Vinkulierung" eines bestimmten Geldbetrages hinauslaufen. Wenn das Gesetz das gewollt hätte, hätte es einen solchen Betrag von vornherein festsetzen können. Allerdings sollte hier eine Einschränkung gelten: Bei großen Vermögen sollte man die Wertgrenze progressiv mit der Größe des Vermögens nach oben verlegen. Je höher nämlich der Wert des Restes des Vermögens ist, desto mehr entfaltet sich bei der Beurteilung der Frage, ob ein Vermögensgrundstock übrigbleibt, ein absolutes Moment. Diese Forderung widerspricht auch nicht dem Schutzzweck der Norm. Denn wenn bereits der Vermögensrest als Vermögen (im Sinne der vorhergehenden Ausführungen) - angesehen werden kann - auch im Vergleich mit dem Gesamtvermögen -, dürfte die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie nicht gefährdet sein. Die genaue Wertgrenze kann nur im Einzelfall bestimmt werden.

Für die Frage, nach welchen Gesichtspunkten zu bestimmen ist, ob der von der Verfügung ausgeschlossene Rest des Vermögens im Verhältnis zum ganzen Vermögen unbedeutend ist, haben Rechtsprechung und Schrifttum - soweit sie bisher Gelegenheit dazu hatten - auf das reine Geldwertverhältnis der Vermögensteile abgestellt (s.S.84/85). Lediglich das OLG Frankfurt hatte bisher Gelegenheit, weitere Gesichtspunkte dazu zu erörtern (169).

Es hatte darüber zu entscheiden, ob Pensionsansprüche, die dem verfügenden Ehegatten verblieben, bei der Umgrenzung des Vermögens im ganzen zu berücksichtigen seien. Das OLG hat im Anschluß an den Vermögensbegriff in den §§ 419 BGB, 1 KO, der auch befristete, schwebende und Anwartschaftsrechte umfaßt 170), auch Pensionsansprüche zum Vermögen im Sinne des § 1365 Abs.I BGB gerechnet. Es hat diese Ansprüche aber im Verhältnis zum sonstigen Vermögen nicht als wesentlich angesehen. Nach seiner Auffassung habe die Rücksicht auf derartige Ansprüche zur Folge, daß ein Ehegatte über seinen Sachbesitz, der doch besonders schutzwürdig sei, frei verfügen könne, weil er dann nicht mehr das Gesamtvermögen darstelle. Der Vermögenswert der Pensionsansprüche lasse sich zwar durch Kapitalisierung feststellen, aber solange eine Kapitalisierung und Auszahlung nicht erfolgt sei, bestehe stets das Risiko, daß die an die Lebensdauer der Berechtigten geknüpfte Pension mit dessen Tode ende. Dann fehle der Familie der - frei veräußerte - Sachbesitz.

Das OLG hat mit seiner Begründung nur zum Teil Recht. Es darf sich nicht darauf berufen, daß gerade Verfügungen über Sachbesitz unter § 1365 Abs.I BGB fallen. Die Vorschrift macht zwischen verschiedenen Arten von Vermögensobjekten keinen Unterschied. Es entscheidet allein deren wirtschaftlicher Wert für die Familie. Das ist nur der realisierbare Wert, das Gesetz hätte sonst von "Sachbesitz", nicht aber von "Vermögen" überhaupt sprechen müssen. Das OLG hätte nur darauf hinweisen dürfen, daß der realisierbare Wert des Sachbesitzes unter Umständen höher sein kann als der anderer Werte. Entsprechend dem Schutzzweck der Vorschrift ist dem OLG aber darin beizupflichten, wenn es zur Beurteilung des Verhältnisses der Vermögensteile nicht allein auf deren reinen Geldwert abstellt, sondern hierbei auch andere Bewertungsgrundsätze zu Worte kommen lassen will, die besagen, ob überhaupt bestimmte Vermö-

---

170) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 131 I 2; § 82

gensgegenstände einen realisierbaren wirtschaftlichen Wert für die Familie haben. Voraussetzung für die Anerkennung solcher ergänzender Bewertungsgrundsätze ist jedoch im Interesse der Rechtssicherheit ihre Objektivität. Es geht nicht an, die Bewertung ausgeschlossener Gegenstände nach den konkreten individuellen Bedürfnissen einer Familie im Einzelfall vorzunehmen. Trotz des Ausschlusses eines Vermögensgegenstandes von an sich beachtlichem Geldwerte kann § 1365 Abs.I BGB also dennoch eingreifen, wenn dieser Gegenstand nicht nur im Einzelfalle, sondern generell keinen wirtschaftlich realisierbaren Wert darstellt, weil auf ihn in Notzeiten nicht zurückgegriffen werden könnte oder weil er typischerweise nicht realisiert zu werden pflegt, wie z.B. Pensionsansprüche. Richtlinien für die Aufstellung solcher objektiven Bewertungsgrundsätze lassen sich aus einer vorsichtigen Übernahme der zivilprozessualen Vorschriften über die Unpfändbarkeit entwickeln 171), so dürfte z.B. der Ausschluß der Hausratsgegenstände von der Übertragung der Annahme einer Gesamtvermögensverfügung noch nicht entgegenstehen.

#### V. Das Vermögen des "Ehegatten".

§ 1365 Abs.I BGB beschränkt den Ehegatten ausdrücklich nur in der Verwaltung seines Vermögens. Greift die Vorschrift auch dann ein, wenn ein Ehegatte über das Vermögen des anderen verfügt?

---

171) Vgl. die §§ 811, 850 ff ZPO

Diese Frage ist bisher nur bei der Verfügung über Gegenstände des ehelichen Haushalts gem. § 1369 BGB erörtert worden 172). Für § 1365 Abs.I BGB hat sie nicht die Bedeutung wie für § 1369 BGB. Da § 1365 Abs.I BGB aber auch bei Verfügungen über Einzelgegenstände anzuwenden ist, kommt ihr auch hier - wenn auch nur eine verhältnismäßig geringe - Bedeutung zu.

Weil § 1365 Abs.I BGB ausdrücklich nur den Ehegatten in der Verwaltung seines Vermögens beschränkt, kann er nicht unmittelbar bei einer Verfügung über das Vermögen des anderen Ehegatten eingreifen 173). Im Gegensatz dazu wollen Eppig und die Kommentarliteratur § 1365 Abs.I BGB dennoch anwenden 174). Der Dritte erwürbe nämlich auch dann - so wird argumentiert - kein Recht, etwa das Eigentum, wenn die vinkulierten Gegenstände seiner Vorstellung entsprechend dem verfügenden Ehegatten gehörten. Diesen Schluß a maiore ad minus haben Beitzke und Boehmer treffend widerlegt. Sie weisen mit Recht darauf hin, daß es auf den bösen Glauben des Dritten nicht ankomme, wenn die objektive Sach- und Rechtslage dem Erwerb nicht entgegenstehe 175).

---

172) § 1369 BGB wollen unmittelbar anwenden: Beitzke, FamRZ 1958, 166/167; Baur, FamRZ 1958, 252/256 FuBn.24; Lorenz, JZ 1959, 105/107; Krüger-Breetzke-Nowack § 1369 Anm.1; Massfeller-Reinicke § 1369 Anm.5; Erman-Finke § 1369 Anm.3; a.A.: Boehmer, FamRZ 1959, 1/4; Festschrift S.39; FamRZ 1959, 81/82; Zunft, NJW 1958, 130; Ziege, NJW 1957, 1579/1580; Koeniger, DRiZ 1959, 372/374; zweifelnd Bärmann, AcP 157, 145/161

173) Vgl. Boehmer, FamRZ 1959, 81/82

174) Massfeller-Reinicke § 1369 Anm.5; Krüger-Breetzke-Nowack § 1369 Anm.1,2; Erman-Finke § 1369 Anm.3; Eppig S.35

175) FamRZ 1958, 166/167; 1959, 1/4

Die unmittelbare Anwendung der §§ 1365 ff BGB wird ferner mit dem Hinweis auf die Rechtslage bei § 1404 BGB a.F. verneint. Nach dieser Vorschrift konnte die Ehefrau nämlich ohne Zustimmung dem Dritten Eigentum gem. § 932 BGB an Sachen des Mannes verschaffen.

Der klare Wortlaut der §§ 1365 Abs.I und 1369 BGB verbietet es, sie unmittelbar anzuwenden. Es bleibt daher nur die Möglichkeit der Analogie. Diese hat Petermann wegen des Schutzzwecks der Vorschrift für § 1369 BGB bejaht (176). In der Tat wäre es sinnwidrig, wenn der Ehegatte das ebenso der wirtschaftlichen Grundlage der Familie dienende Vermögen des anderen frei veräußern könnte. Die Interessenlage bei § 1404 BGB a.F. war anders. Dort sollten vornehmlich die Rechte und Belange des Ehemannes geschützt werden, nicht so sehr die Familie als solche. Das Schutzobjekt war infolgedessen mit dem der §§ 932 ff BGB gleichwertig, nämlich vermögensrechtlicher Art. Der Werfall des gutgläubigen Erwerbs war daher bei § 1404 BGB a.F. nicht zu rechtfertigen. Der Analogie ist deshalb bei § 1365 Abs.I BGB grundsätzlich beizupflichten. Die Ausführungen Petermanns müssen jedoch in einigen Punkten noch ergänzt werden. Wendet man die §§ 1365 ff BGB analog an, so entfallen dadurch nicht, wie gesagt wird, die allgemeinen Regeln der §§ 932, 892 BGB; diese gelten vielmehr neben den §§ 1365 ff BGB. Sie ermöglichen ja erst den Rechtserwerb vom nichtberechtigten Ehegatten. Nichtberechtigt aber bleibt der Ehegatte ohne Rücksicht darauf, ob der andere Ehegatte gem. § 1365 ff BGB das Rechtsgeschäft genehmigt. Weiterhin unterscheidet Petermann bei der Analogie nicht zwischen dem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Verpflichtet sich ein Ehegatte gegenüber einem gutgläubigen Dritten, ihm einen Gegenstand zu übertragen, der das gesamte Vermögen des anderen bildet, so ist diese Verpflichtung nicht schlechthin nach § 1365 Abs.I BGB zustimmungsbedürftig. Aus ihr kann der Dritte keine Ansprüche auf Übertragung der verkauften Sache gegen den berechtigten Ehegatten herleiten.

Die Verpflichtung beeinträchtigt dessen Vermögen daher noch nicht. Die Zustimmung des anderen Ehegatten ist auch nicht deshalb erforderlich, weil der verfügende Ehegatte mit der Verpflichtung vielleicht sein eigenes ganzes Vermögen gefährdet. Zwar kann eine Gesamtvermögensverfügung dann gegeben sein, wenn ein Ehegatte eine Verpflichtung eingeht, die wertmäßig sein Vermögen aufwiegt. Die Verpflichtung zur Übertragung fremden Eigentums bezieht sich indessen nicht unmittelbar auf das ganze Vermögen des Ehegatten. Dieses kann allenfalls durch Ersatzansprüche gem. §§ 325/326 BGB betroffen werden. § 1365 Abs.I BGB geht jedoch nicht so weit, jede denkbare Haftung des ganzen Vermögens zu verhindern (177).

Erst durch die Verfügung erlangt der Kaufvertrag auch gegenüber dem berechtigten Ehegatten eine (Außen-) Wirkung. Die §§ 932, 892 BGB schließen nämlich aus, daß sich der Berechtigte darauf beruft, ihm gegenüber liege kein wirksamer Rechtsgrund für den Rechtserwerb vor. Daher handelt es sich bei der Übertragung des Eigentums nicht etwa um eine isolierte Verfügung, für die nach dem oben Gesagten keine Zustimmung nötig wäre (vgl.S.36). § 1365 Abs.I Satz 2 BGB kann daher zumindest analog angewandt werden. Das Verpflichtungsgeschäft ist dagegen zustimmungsfrei. Greifen die §§ 932, 892 BGB mangels Gutgläubigkeit nicht ein, hängt der Rechtserwerb des Dritten zunächst von der Genehmigung des anderen Ehegatten gem. § 185 BGB ab. Es kommt also nicht ohne Zutun des anderen Ehegatten zu einer Wirksamkeit des Kaufvertrages auch ihm gegenüber. Daher dürfte hier die Genehmigung nach § 185 BGB genügen. Dazu braucht nun der verfügende Ehegatte seinerseits nicht auch noch zuzustimmen.

Eine Zusammenfassung der Erörterungen zum Begriff des Vermögens ergibt, daß "Vermögen im ganzen" ein Wertbegriff ist, unter dem der im wesentlichen gesamte realisierbare Wert aller Aktiven (unter Umständen abzüglich bestehender persönlicher Verbindlichkeiten) zu verstehen ist.

177) Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 1 a.E.

"Gegenstand" eines Rechtsgeschäftes ist er nur dann, wenn der Ehegatte ihn durch das Rechtsgeschäft im wesentlichen einbüßt. Diese Wirkung hat auch die Eingehung persönlicher Verbindlichkeiten. Die Gegenleistung ist nie zu berücksichtigen. Ferner gilt § 1365 Abs.I BGB analog für Rechtsgeschäfte eines Ehegatten über das Vermögen des anderen Ehegatten.

§ 5. Die Bedeutung des § 1365 Abs.I BGB im Gesellschaftsrecht.

Über die Bedeutung des § 1365 Abs.I BGB für das Gesellschaftsrecht hat sich im Schrifttum bereits eine rege Diskussion entwickelt (178). Keineswegs ist man dabei in den Zweifelsfällen zu einer einheitlichen Auffassung gelangt. Daher erscheint es angebracht, die verschiedenen strittigen Fragen nach den Ergebnissen der bisherigen Untersuchungen zu prüfen.

Am ausführlichsten ist bisher erörtert worden, ob ein Ehegatte zu einem Gesellschaftsvertrag der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf, in dem er sich verpflichtet, sein Vermögen im ganzen - z.B. in Gestalt eines Handelsgeschäftes - in eine Gesellschaft einzubringen. Boesebeck hält die Einbringung für zustimmungsfrei, weil dem Einbringenden sein ganzes Vermögen - wenn auch in einer anderen rechtlichen Form - als Mitgesellschafter erhalten bleibe (179). Gegen diese Begründung hat Fischer beachtliche Bedenken erhoben (180). Er weist darauf hin, daß dem Einbringenden sein Vermögen z.B. dann nicht verbleibt, wenn ein anderer Mitgesellschafter keine seinem künftigen Kapitalanteil entsprechende Einlage, sondern nur seine Arbeitskraft einbringt, wie es bei der Aufnahme des Sohnes eines Gesellschafters in das Handelsgeschäft der Fall sei. Ferner dürfe man darauf, daß der Einbringende einen Anteil an der Einlage der anderen

---

178) Tiedau, MDR 1959, 253; Boesebeck, Betr. 1958, 1147; Fischer, NJW 1960, 937; Eiselt, JZ 1960, 562; Reinicke, BB 1960, 1002; Beitzke, Betr. 1961, 21; Rittner, FamRZ 1961, 1/16

179) Betr. 1958, 1147; a.A. Palandt-Lauterbach § 1365 Anm. 2; Erman-Finke § 1365 Anm. 3

180) NJW 1960, 937/939

Gesellschafter erhalte, auch gar nicht abstellen; denn § 1365 Abs. I BGB gelte trotz gleichwertiger Gegenleistung. Dennoch pflichtet Fischer im Ergebnis Boesebeck bei. Er hält zwar die Einbringung eines Vermögens in eine Gesellschaft für eine Verfügung, weil aus dem Alleineigentum Gesamthandseigentum werde. Wirtschaftlich gesehen verbleibe dem Einbringenden jedoch in der Form seiner Gesamthandsbeteiligung ein Teil seines Eigentums. Die Einbringung unterscheide sich daher nicht wesentlich von der "Überlassung einer Bruchteilsquote an einem Handelsgeschäft". Geschäfte über einen Bruchteil des Vermögens seien aber nach herrschender und richtiger Ansicht zustimmungsfrei. Wie Fischer weiter ausführt, sei die Einbringung auch nicht etwa deswegen zustimmungsbedürftig, weil bei der Auflösung der Gesellschaft der Ehegatte keinen Anspruch auf Rückgewähr seiner Einlage habe, sondern nach Versilberung des Gesellschaftsvermögens auf seinen Auseinandersetzungsanspruch angewiesen sei. Diese gesetzliche Rechtsfolge werde nicht durch den Gesellschaftsvertrag unmittelbar ausgelöst, sie sei auch nicht Inhalt der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungserklärung, sondern nur eine tatsächliche Auswirkung dieser, die durch ein anderes Ereignis, nämlich den Eintritt des Auflösungsstatbestandes, herbeigeführt werde.

Die Auffassung Fischers teilt auch Reinicke 181). Er weist dazu noch auf eine Entscheidung des BGH zu § 419 BGB hin, nach der die Einbringung eines Vermögens in eine Personalgesellschaft keine Vermögensübernahme sei, wenn der Einbringende Gesellschafter werde 182). Ebenso will Reinicke die Einbringung in eine Kapitalgesellschaft behandeln. Ausnahmen von der Zustimmungsfreiheit seien nur dann zu machen, wenn der Gesellschaftsanteil in keinem Verhältnis zur Einlage stehe.

---

181) BB 1960, 1002

182) BGH, BB 1954, 700

Gegen Fischers Vergleich der Einbringung des gesamten Vermögens in eine Gesellschaft mit der Überlassung eines Bruchteils hat sich insbesondere Eiselt gewandt 183). Mit Recht sagt Eiselt, bei der Überlassung eines Bruchteils verbleibe der Rest dem Eigentümer als Alleineigentum, während das Vermögen des Ehegatten nach der Einbringung in die Gesellschaft den Gesellschaftsbeschlüssen und der Haftung der Gesellschaft in seiner Gesamtheit unterliege 184). Weder rechtlich noch wirtschaftlich verbleibe dem Ehegatten daher ein "Teil" seines Eigentums.

Der Ansicht Eiselts ist zuzustimmen. Die Gesamthandsbeteiligung kann man weder rechtlich noch wirtschaftlich als Teil des ursprünglichen Vermögens ansehen. Es handelt sich nicht lediglich um eine "rechtliche Umbenennung des Vermögens". Das Vermögen in seiner Gesamtheit wird der freien Verfügungsgewalt des Ehegatten entzogen. Die Einbringung ist nicht mit der den Grundstückswert eines Grundstücks nicht erschöpfenden dinglichen Belastung vergleichbar. Fischers und Reinickes Ansicht läuft im Ergebnis auf die (unzulässige) Berücksichtigung der Gegenleistung hinaus. Denn die Einbringung eines Vermögens in eine Gesellschaft unterscheidet sich nicht von dem Tausch des gesamten Vermögens gegen eine Gesamthandsbeteiligung 185).

Fischer ist jedoch darin Recht zu geben, wenn er meint, ein Gesellschaftsvertrag sei nicht schon deswegen zustimmungsbedürftig, weil der einbringende Ehegatte im Falle der Auflösung der

---

183) JZ 1960, 562/563

184) Beitzke, Betr. 1961, 21/23 weist ergänzend dazu z.B. auf die Gefahren für das Vermögen hin, die sich aus der Vertretungsmacht der anderen Gesellschafter gem. § 126 HGB ergeben.

185) Vgl. Rittner, FamRZ 1961, 1/8/16.

Gesellschaft keinen Anspruch auf Rückgewähr seiner Einlage habe, sondern auf seinen Auseinandersetzungsanspruch angewiesen sei. Diese Rechtsfolge beruht in der Tat nicht auf dem Gesellschaftsvertrag, sondern auf dem Gesetz.

Für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages kann § 1365 Abs.I BGB noch aus einem weiteren Grunde bedeutsam sein. Häufig bestimmt ein Gesellschaftsvertrag nämlich, daß ein Gesellschafter im Falle der Kündigung gegen eine Abfindung aus der Gesellschaft auszuschcheiden habe. Die Frage ist, ob sich die Zustimmung des anderen Ehegatten auch auf eine solche Vereinbarung erstrecken muß. Fischer meint, erst die Kündigung, die das Ausscheiden bewirke, sei zustimmungsbedürftig, sofern natürlich im Zeitpunkt der Kündigung das ganze Vermögen des Ehegatten in der Gesellschaftsbeteiligung besteht 186). Damit verkennt er aber, daß das Ausscheiden des Ehegatten seinen Rechtsgrund in der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung hat. Daher ist schon diese eine Gesamtvermögensverpflichtung und daher zustimmungsbedürftig 187). Die Kündigung dagegen bedarf der Zustimmung gem. § 1365 Abs.I Satz 2 BGB nicht. Zu ihr ist der Gesellschafter weder verpflichtet, noch bewirkt sie sein Ausscheiden, wenn der entsprechenden vertraglichen Vereinbarung nicht zugestimmt worden ist.

Im Zusammenhang mit der Vereinbarung des Ausscheidens enthalten Gesellschaftsverträge in der Regel Klauseln, die den Abfindungsanspruch inhaltlich regeln (indem sie z.B. die Berechnung des Abfindungsanspruchs nach der letzten Steuerbilanz vorschreiben). Nach überwiegender, richti-

---

186) NJW 1960, 937/943; ebenso Tiedau, MDR 1959, 253/254; Eiselt, JZ 1960, 562/564; Beitzke, Betr. 1961, 21/25; a.A. Reinicke, BB 1960, 1002/1005

187) So auch Boesebeck, Betr. 1958, 1147

ger Ansicht erstreckt sich die Zustimmungsbedürftigkeit auf solche Klauseln nur, wenn sie den Abfindungsanspruch, der das im wesentlichen ganze Vermögen eines Ehegatten bildet, ganz oder nahezu völlig ausschalten 188).

Außer beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrages wirft § 1365 Abs.I BGB auch für rechtsgeschäftliche Vorgänge während des Bestehens der Gesellschaft Zweifelsfragen auf. Hier sind zuerst Änderungen des Gesellschaftsvertrages zu nennen. Diese sind ohne Zustimmung zulässig, wenn die entsprechenden Bestimmungen auch bei Abschluß des Vertrages ohne Zustimmung hätten vereinbart werden können. Dazu gehören alle Vereinbarungen, die nicht die Substanz der (vermögensrechtlichen) Gesellschaftsbeteiligung betreffen, wie z.B. Änderungen der personenrechtlichen Beziehungen (Vertretungs- und Geschäftsführungsmacht), die Dauer der Gesellschaft, die Gewinnbeteiligung 189). Eine Abänderung der Abfindungsvereinbarung betrifft dagegen die Substanz der Gesellschaftsbeteiligung. Fischer hält sie nur dann für zustimmungsbedürftig, wenn sie die bisherige Regelung einschneidend beeinträchtigt 190). Beitzke fordert, daß sie die Gesellschaftsbeteiligung im ganzen angreift 191). Dagegen wendet Eiselt ein, eine Substanzverringering sei nicht schlechthin verboten 192). Er hält die Zustimmung aber deswegen für erforderlich, weil der andere Ehegatte dem Gesellschaftsvertrag nur in der zuerst vorgesehenen Form zugestimmt habe. Es hieße seine Zustimmung illusorisch machen, wollte man nachträglich Änderungen der Substanzbeteiligung für zustimmungsfrei erklären.

---

188) So auch Reinicke, BB 1960, 1002/1004

189) Vgl. Tiedau, MDR 1959, 253/254; Fischer, NJW 1960, 937/942; Eiselt, JZ 1960, 562/563

190) Ebenso Tiedau, MDR 1959, 253/254; Reinicke, BB 1960, 1002/1004

191) Betr. 1961, 21/24

192) JZ 1960, 562/563

Infolgedessen sei die bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages gegebene Zustimmung auf die hier getroffene Substanzregelung, d.h. die Festlegung der Kapitalanteile im Verhältnis zueinander und die Abfindungsregelung begrenzt. Jede Änderung zu Lasten des Ehegatten bedeute daher eine Änderung des Gesellschaftsvertrages selbst. Diese Begründung trifft zu. Eine Änderung der Abfindungsregelung bedeutet eine Änderung des ursprünglichen Vertrages. Damit käme man zu einem anderen Vertrage als dem, dem der andere Ehegatte zugestimmt hatte. Die Änderung der Abfindung betrifft auch die Vollziehung des Gesellschaftsvertrages unmittelbar. Die Rechtslage gleicht insoweit folgendem Fall: Verkauft ein Ehegatte sein Haus für DM 10 000.-- mit Zustimmung des anderen Ehegatten, dann kann er nicht nachträglich ohne Zustimmung des anderen den Kaufpreis abweichend herabsetzen. Abweichungen zugunsten des Ehegatten sind dagegen ohne Zustimmung zulässig.

In gleicher Weise wie Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die sich auf die Substanzbeteiligung auswirken, ist die Neuaufnahme weiterer Mitgesellschafter zu behandeln. Der andere Ehegatte muß ihr zustimmen, weil sie eine Verfügung über den Gesellschaftsanteil des einzelnen Mitgesellschafters darstellt (193). Sie unterscheidet sich in ihrer Wirkung auf das Vermögen des Ehegatten-Mitgesellschafters nicht von der Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft.

Von den Problemen, die im Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters oder der Liquidation der Gesellschaft auftreten, war bereits das Ausscheiden eines Gesellschafters gegen eine Abfindung erörtert worden. Eine Frage aus diesem Problemkreis ist weiterhin, ob ein Ehegatte auch

---

193) Eiselt, JZ 1960, 562/564;  
Beitzke, Betr. 1961, 21/24

zu einer Kündigung, die die gesetzliche Folge der Liquidation hat, der Zustimmung bedarf. Hier greift § 1365 Abs.I BGB nicht ein, da die Auflösung der Gesellschaft ihren rechtlichen Grund nicht im Gesellschaftsvertrag hat, sondern im Gesetz. Die Kündigung selbst ist als "isolierte" Verfügung zustimmungsfrei 194). Das Gleiche gilt für eine Auflösungsklage. § 1365 Abs.I BGB greift dagegen ein, wenn die Gesellschafter durch Vertrag oder Beschluß die Gesellschaft auflösen 195) oder sich vertraglich über das Gesellschaftsvermögen auseinandersetzen, während die bloße Umwandlung einer Gesellschaft in eine andere Rechtsform als "rechtliche Umbenennung" des Vermögens nicht unter § 1365 Abs.I BGB fallen dürfte.

Die Ergebnisse dieser Ausführungen zeigen, daß die Vorschrift des § 1365 Abs.I BGB im Gesellschaftsrecht in wichtigen Fragen bedeutsam ist. Es soll hier nicht verkannt werden, daß die Bestimmung im Gesellschaftsrecht viele Hindernisse bereitet. Sie wird deshalb mit Recht als lästig empfunden. Es geht aber nicht an, sie insbesondere auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts einschränkend auszulegen. Gerade auf diesem Rechtsgebiete ist ein wirksamer Schutz der Familie erforderlich, weil hier in der Regel bedeutende Werte auf dem Spiele stehen. Eine zweckentsprechende Handhabung der Vorschrift ist auch für das Gesellschaftsrecht nicht untragbar. Empfindet man sie als allzu lästig, dann bietet die Möglichkeit der Gütertrennung dem Gesellschafter-Ehegatten einen ausreichenden Ausweg.

---

194) Ebenso Fischer, NJW 1960, 937/942;  
Reinicke, BB 1960, 1002/1005;  
a.A. Beitzke, Betr.1961, 21/24  
195) Beitzke, Betr. 1961, 21/25

§ 6. Der Schutz des Rechtsverkehrs bei § 1365 Abs.I BGB.

Die Ausführungen unter § 3 und § 4 haben ergeben, daß ein Ehegatte auch Rechtsgeschäfte über Einzelgegenstände, ja sogar Verbindlichkeiten nicht ohne Zustimmung des anderen Ehegatten eingehen kann. Damit ist aus dem Rechtsgeschäft als solchem - wie bei Rechtsgeschäften nach Art des § 311 BGB - nicht mehr ersichtlich, ob sein Gegenstand das Vermögen im ganzen ist und ob es unter § 1365 Abs.I BGB fällt. Hieraus entstehen für Dritte, die mit einem Ehegatten ein Rechtsgeschäft abschließen wollen, erhebliche Unsicherheiten. Die Vertragspartner eines Ehegatten bedenken oft nicht, daß ihre Geschäftsgegner verheiratet sind und im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft leben könnten. Noch weniger wissen sie - besonders im Geschäftsverkehr - bei dem Erwerb eines Einzelgegenstandes, daß dieser, wenn er objektiv wertvoll ist, das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellen kann. Auf den Gedanken, daß das Geschäft mit dem Ehegatten der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen könnte, können sie daher oft nicht kommen. Wenn sie aber wissen, daß ihr Geschäftspartner verheiratet ist und im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt, der Geschäftsgegenstand auch u.U. das ganze Vermögen des Ehegatten bilden könne, dann werden sie vorsichtshalber versuchen, sich die Gewißheit darüber zu verschaffen, ob der Gegenstand wirklich das gesamte Vermögen des Ehegatten ist. Das aber kann in vielen Fällen unmöglich sein; einen sicheren Weg zu dieser Gewißheit gibt es nicht.

Die Vermögensverhältnisse des Ehegatten können außerdem so verwickelt sein, daß es den Geschäftspartnern in angemessener Zeit gar nicht möglich ist, sie aufzuklären, wozu ihnen darüberhinaus in den meisten Fällen sogar auch keine Gelegenheit geboten sein dürfte. Lassen sie sich dann trotzdem auf das Geschäft ein, steht dieses

fortwährend unter dem "Damoklesschwert" des § 1365 Abs.I BGB. Wenn die Geschäftspartner sicher gehen wollen, müssen sie vorsorglich die Zustimmung des anderen Ehegatten verlangen, oder es bleibt ihnen nichts anderes übrig, als von dem Geschäft Abstand zu nehmen.

Um den Partner des Ehegatten von diesen Zweifeln und Schwierigkeiten zu befreien, verlangt die herrschende Meinung, er müsse bei Abschluß des Rechtsgeschäftes wissen, daß der Geschäftsgegenstand das (nahezu) gesamte Vermögen des Ehegatten bilde. Dieses Wissen bejaht man, wenn der Dritte die Verhältnisse des Ehegatten kennt, aus denen hervorgeht, daß der Geschäftsgegenstand sein ganzes Vermögen darstellt ("das erkennbare äußere soziale Erscheinungsbild der Familie"- so OLG Frankfurt, s. Fußn. 1 a.E.). Nur unter dieser Voraussetzung soll die Beschränkung des § 1365 Abs.I BGB eingreifen (sog. subjektive Theorie) 196).

Der subjektiven Auffassung des § 1365 Abs.I BGB steht eine andere Ansicht gegenüber, die die Vorschrift ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder Un-

---

196) So: Reinicke, NJW 1957, 889/890 unter II; BB 1957, 564/565; Finke, MDR 1957, 514/515; Boehmer, Festschrift S.42; FamRZ 1959, 1/4 unter V; Tiedau, MDR 1958, 377/379; Koeniger, DRiZ 1959, 372/373; Schulin, DRiZ 1959, 76/79; Boesebeck, Betr. 1958, 1147; Obermüller, BB 1958, 535; Sichterman, Betr. 1959, 163/164; Gaa S. 51; Reithmann, DNotZ 1961, 3/4; Erman-Finke § 1365 Anm.3; Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 1; Massfeller-Reinicke § 1365 Anm.2; Palandt-Lauterbach § 1365 Anm.2; LG Bielefeld, FamRZ 1958, 376; LG Detmold, NJW 1958, 1729/1730; LG Bielefeld, FamRZ 1959, 245; LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1959, 247; LG Itzehoe, FamRZ 1959, 248; RGRK § 1365 Anm. 13; OLG Hamm, NJW 1960, 1466 = Rpfleger 1960, 227 mit zustimmender Anmerkung von Breetzke in NJW 1960, 1466; OLG Frankfurt NJW 1960, 2002; weitere Literatur bei Haegele, Rpfleger 1959, 242 ff; Rpfleger 1960, 271/272; ohne Entscheidung ausdrücklich BGH, NJW 1961, 1301/1304

kenntnis des Vertragspartners anwendet und im Interesse eines umfassenden, wirksamen Familienschutzes alle Schwierigkeiten und Behinderungen des Rechtsverkehrs in Kauf nimmt (sog. objektive Theorie) 197).

Die subjektive Theorie setzt voraus, daß § 1365 Abs. I BGB einen subjektiven Tatbestand enthält. Die herrschende Meinung begründet den subjektiven Tatbestand in § 1365 Abs. I BGB hauptsächlich mit den Schwierigkeiten, die eine rein objektive Auffassung der Vorschrift hervorrufen würde. Wegen praktischer Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung allein läßt sich aber nicht ohne weiteres ein gesetzlicher Tatbestand aufstellen. Das hieße nichts anderes, als ein wünschenswertes Ergebnis in das Gesetz hineinzutragen. Statt dessen muß man zunächst versuchen, durch Auslegung des Gesetzes, d. h. aus dem Gesetz heraus, zu ermitteln, welchen Tatbestand es enthält. Daher stellt sich zuerst die Frage, ob sich mit den Mitteln der Auslegung ein subjektiver Tatbestand in § 1365 Abs. I BGB feststellen läßt, ob die Vorschrift also die Kenntnis des Dritten davon voraussetzt, daß das beabsichtigte Rechtsgeschäft das im wesentlichen ganze Vermögen des Ehegatten betrifft. Unter "Auslegung" soll hierbei die Auslegung im eigentlichen Sinne und die Analogie verstanden werden. Sollte die Gesetzesauslegung in diesem Sinne nicht zur Anerkennung der subjektiven Theorie führen, fragt

---

197) Bosch, FamRZ 1958, 376; 1958, 289/294; 1958, 470; Pikalo, RdL 1958, 281/282 Fußn. 77 a; Schulz-Kersting, JR 1959, 134/138; Lorenz, JZ 1959, 105/106; Linderhaus, NRhNotK 1960, 148/162 (zitiert bei Haegele in Rpfleger 1960, 271/274 Fußn. 30); Weimar, NJW 1960, 2002 (Anm. zu OLG Hamm, NJW 1960, 1466); zweifelnd Bärmann, JZ 1958, 225/226; AcP 157, 145/161; Knur, DNotZ 1957, 451/460; Probleme S. 31; Rittner, FamRZ 1961, 1/7; Beitzke, Betr. 1961, 21/22

es sich, ob sie sich noch auf einem weiteren Wege begründen läßt.

I. Ergibt die Auslegung des § 1365 Abs.I BGB das Erfordernis der Kenntnis des Dritten?

Begriffe wie "Kenntnis des Dritten" oder "Gut-" oder "Bösgläubigkeit" tauchen in der wörtlichen Fassung des § 1365 Abs.I BGB nicht auf. Die Vorschrift enthält daher ihrem Wortlaute nach keine subjektiven Merkmale. Das bedeutet entweder, daß subjektive Merkmale implicite in anderen Tatbestandsmerkmalen der Vorschrift mitenthalten sind oder daß die Bestimmung überhaupt keinen subjektiven Tatbestand kennt. Die Antwort hierauf ergibt sich - um sie gleich vorwegzunehmen - schon aus dem Wesen der Beschränkung des § 1365 Abs.I BGB selbst. Da sich die Vorschrift einseitig an den Ehegatten wendet (s.S.56), kann für ein Tatbestandsmerkmal, das die Person eines Dritten einbezieht, in der Beschränkung kein Raum sein. Ein solches Merkmal hätte das Gesetz nur in der Weise berücksichtigen können, daß es in Form eines besonderen Rechtssatzes die durch die umfassende Wirkung begründeten Rechtsfolgen der Beschränkung unter den subjektiven Voraussetzungen wieder aufhobe. Das Gesetz enthält einen solchen Rechtssatz offensichtlich nicht. Infolgedessen versucht man, trotz des eindeutigen einseitigen Charakters der Beschränkung das Erfordernis der Kenntnis des Dritten im Tatbestand der Beschränkung selbst unterzubringen. Bei der Untersuchung der wichtigsten Versuche in dieser Richtung wird sich zeigen, daß sie nicht einmal in sich selbst bedenkenlos folgerichtig sind, geschweige dann, daß sich mit ihrer Hilfe dem Gesetz ein subjektiver Tatbestand "entlocken" ließe.

1.) Zunächst will man die subjektive Theorie mit dem in § 1365 Abs.I BGB vorausgesetzten Rechtsgeschäftstyp begründen. § 1365 Abs.I BGB soll nämlich nach einer Ansicht grundsätzlich nur Verträge

nach Art des § 311 BGB erfassen (198). Bei diesen wisse der Geschäftspartner, daß er das ganze Vermögen des Ehegatten übernehme. Verträge über Einzelgegenstände fallen nach dieser Auffassung infolgedessen nur dann unter § 1365 Abs.I BGB, wenn der Dritte auch hier weiß, daß es sich bei dem Einzelgegenstand um das (nahezu) ganze Vermögen des Ehegatten handelt. Damit glaubt man bewiesen zu haben, daß die Vorschrift einen subjektiven Tatbestand voraussetzt (199).

§ 1365 Abs.I BGB ist jedoch wegen seines Schutzzwecks nicht auf Verträge nach Art des § 311 BGB begrenzt, er betrifft unmittelbar auch Rechtsgeschäfte über Einzelgegenstände (s.S. 55). Ein subjektives Merkmal im Tatbestand der Vorschrift läßt sich daher auf diesem Wege nicht begründen. Im übrigen erweist sich diese Auffassung mit dem Schutzzweck der Bestimmung als unvereinbar. Sie setzt nämlich voraus, daß auch der Ehegatte Kenntnis davon hat, daß sein ganzes Vermögen betroffen ist. Fehlt ihm dieses Wissen, dann würde § 1365 Abs.I BGB auch dann nicht eingreifen, wenn der Dritte weiß, daß es sich um das ganze Vermögen handelt. Diese Folge kann man nicht mehr mit dem Schutz des Rechtsverkehrs begründen; denn der Rechtsverkehr bedarf in einem solchen Falle keines Schutzes. Nicht folgerichtig wäre es aber, nur auf die Kenntnis des Dritten abzustellen (200). Damit würde man den Ausgangspunkt dieser Auffassung - Vertrag nach Art des § 311 BGB - wieder in Frage stellen.

2.) In abgewandelter, dogmatisch genauerer Form taucht dieselbe Begründung der subjektiven Theorie, nämlich ein Rechtsgeschäft nach § 311 BGB in

---

198) Vgl. Wöbelauer, NJW 1960, 793/794; s.S. 40 ff

199) So auch Gaa S. 51 ff

200) So Breetzke, NJW 1960, 1466

§ 1365 Abs.I BGB, in der "Eigenschaftstheorie" Eppigs wieder auf. Auch Eppig versucht in ihrer Dissertation dem Tatbestand des § 1365 Abs.I BGB ein subjektives Merkmal zu entnehmen 201). Sie prüft zunächst, wie der Umstand, daß ein Einzelgegenstand das ganze Vermögen eines Ehegatten bildet, rechtlich zu qualifizieren ist. Im Anschluß an den weiten Eigenschaftsbegriff der neueren Lehre, der unter Eigenschaft alle tatsächlichen und rechtlichen Merkmale und Verhältnisse einer Person oder einer Sache begreift, die für ihre Individualisierung, ihren Wert und ihre Verwertbarkeit für irgendeinen Lebenszweck bedeutsam sind 202), kommt Eppig dazu, diesen Umstand (Gesamtvermögen) als "Eigenschaft" des Einzelgegenstandes anzusehen 203). Sodann erklärt sie, falls die Eigenschaft eines Gegenstandes Vertragsinhalt werden könne, sei für § 1365 Abs.I BGB nach seinem Wortlaut erforderlich, daß die Eigenschaft des Gegenstandes, Vermögen im ganzen zu sein, Vertragsinhalt werde, andernfalls fehle es an einem "Vertrage über das Vermögen im ganzen". In Übereinstimmung mit der Lehre von Flume bejaht Eppig sodann, daß die Eigenschaften Vertragsinhalt werden können. Flume hat dargelegt, bei der Vereinbarung der Leistung eines bestimmten Gegenstandes als eines solchen von einer bestimmten Beschaffenheit sei die Vorstellung von der Beschaffenheit nicht nur Motiv für den Abschluß des Rechtsgeschäftes, sondern die rechtsgeschäftliche Vereinbarung beziehe sich - entsprechend der unteilbaren Vorstellung von dem Gegenstand und seiner Beschaffenheit - auf die Leistung des Gegenstandes in seiner vorgestellten Beschaffenheit 204).

---

201) S. 61 ff

202) Lehmann § 34 III 1 e alpha; Flume S. 162 ff

203) S. 62

204) S. 17 ff

Die Vorstellung der Eigenschaften könne mithin Bestandteil der Willenserklärung sein.

Flumes Erkenntnisse überträgt Eppig auf § 1365 Abs.I BGB. Ihrer Ansicht nach muß die Eigenschaft eines Gegenstandes, Gesamtvermögen zu sein, Vertragsinhalt sein, wenn ein Vertrag über das Vermögen im ganzen vorliegen solle. Voraussetzung dafür sei, daß die Parteien diese Eigenschaft kennen und sie sich daher auch vorstellen. Wenn sie ihnen nicht bekannt sei, würde nicht ein Gegenstand mit der Eigenschaft, Vermögen im ganzen zu sein, Vertragsinhalt. Für § 1365 Abs.I BGB sei daher erforderlich, daß sich die Parteien vorstellen, der Gegenstand sei Gesamtvermögen.

Folgt man der Eigenschaftstheorie Eppigs, dann würde ein Vertrag über das Vermögen im ganzen sogar dann vorliegen, wenn sich die Parteien irrigerweise vorgestellt haben, der Gegenstand sei Gesamtvermögen, nicht dagegen dann, wenn sich nur der Dritte diese Eigenschaft vorgestellt hat. Im ersten Falle bedarf es des Schutzes durch § 1365 Abs.I BGB nicht, im zweiten Beispiel dagegen müßte die Vorschrift gerade eingreifen, weil der Rechtsverkehr hier nicht gefährdet wird, also keines Schutzes bedarf. Beide Beispiele zeigen, daß Eppigs Eigenschaftstheorie nicht haltbar sein kann. Ihr Gedankengang ist auch nicht unbedenklich. Eppigs Grundanliegen ist es, den Dritten zu schützen, der nicht weiß, daß das Rechtsgeschäft das Vermögen im ganzen betrifft. Infolgedessen liegt das Hauptgewicht ihrer Untersuchung von vornherein auf der Frage: Wie läßt sich die Unkenntnis bzw. das Erfordernis der positiven Kenntnis dogmatisch und systematisch in die Vorschrift des § 1365 Abs.I BGB einordnen? Genau genommen besteht das Problem jedoch darin, ob die Bestimmung einen subjektiven Tatbestand enthält.

Von dieser Fragestellung ausgehend ergibt sich für Eppigs Eigenschaftstheorie eine andere Deduktion:

§ 1365 Abs.I BGB verlangt einen Vertrag über das Vermögen im ganzen. Auch bei einem Rechtsgeschäft über einen Einzelgegenstand handelt es sich um einen solchen Vertrag, wenn die Eigenschaft des Gegenstandes, Vermögen im ganzen zu sein, Vertragsinhalt ist. Vertragsinhalt ist eine solche Eigenschaft nach Eppig, wenn sich die Parteien vorgestellt haben, daß der Gegenstand Vermögen im ganzen ist. Die Parteien haben sich das vorgestellt, wenn sie wissen, daß das Vermögen im ganzen betroffen ist. Nur wenn dieser Gedankengang folgerichtig ist, dürfte erwiesen sein, daß § 1365 Abs.I BGB einen subjektiven Tatbestand enthält.

Wenn Eppig jedoch verlangt, daß "Vermögen im ganzen" Vertragsinhalt sein müsse, dann setzt sie sich mit ihrer eigenen Ansicht in Widerspruch, § 1365 Abs.I BGB erfasse auch Verträge über Einzelgegenstände, sofern diese nur "tatsächlich" das Vermögen im ganzen bilden (205). Eppig kann sich nicht einmal auf die wörtliche Fassung der Vorschrift berufen, wenn sie diese im anderen Zusammenhang weiter ausgelegt hat. Sie würde sich nur dann nicht widersprechen, falls die Formulierung des Gesetzes "über das Vermögen im ganzen" zwingend verlangen würde, daß der Umstand "Gesamtvermögen" Vertragsinhalt sei und auch tatsächlich das ganze Vermögen betroffen sein müsse. Wenn man es aber schon für möglich hält, daß die Vorschrift auch auf Rechtsgeschäfte über Einzelgegenstände anzuwenden ist, dann dürfte es doch ebenso gut erlaubt sein, den "Vertrag über das Vermögen im ganzen" nur in tatsächlichem Sinne aufzufassen. Im Grunde unterscheidet sich Eppigs Eigenschaftstheorie nicht wesentlich von der Auffassung des BGH zu § 1822 Ziff. 1 BGB;

im Gegensatz zu dieser begnügt sich Eppig mit einem Verträge, der den "Umstand "Gesamtvermögen" nur als "Ist-Inhalt", nicht als "Soll-Inhalt" zum Gegenstand hat. Eppig hat ferner die Beziehung zwischen dem Inhalt des Vertrages und der Vorstellung der Parteien verkannt. Ihre Theorie setzt voraus, daß die Vorstellungen der Parteien automatisch zum Inhalt des Vertrages werden. Dafür kann sie sich aber nicht auf Flume berufen. Flume hat lediglich dargelegt - soweit man ihm hierin überhaupt folgen will -, daß die Vorstellung von den Eigenschaften Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Erklärung werden könne 206), aber nicht notwendig zu sein brauche 207). Es sei vielmehr durch Auslegung des Rechtsgeschäftes festzustellen, inwieweit die Vereinbarung sich auf die Beschaffenheit des Gegenstandes beziehe 208). Die Leistung des Kaufgegenstandes als eines solchen von einer bestimmten Beschaffenheit sei stets dann vereinbart, wenn der Kaufabschluß nach den Vertragshandlungen erkennbar um dieser Beschaffenheit willen zustandegekommen sei 209). Sei der Kaufvertrag ohne Rücksicht auf eine bestimmte Beschaffenheit abgeschlossen, beziehe die Vereinbarung sich auf diese nicht 210).

Die Auffassung Flumes entspricht dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Parteien haben es in der Hand, wie der Inhalt des Rechtsgeschäftes zu bestimmen ist. Ihr Wissen um den Vertragsgegenstand kann nur mit ihrem Willen Vertragsinhalt werden. Es liegt auf der Hand, daß § 1365 Abs.I BGB darauf keine Rücksicht nehmen darf. Ein Rechtsgeschäft über einen Einzelgegenstand schließen die

- 
- 206) Flume S. 17  
207) Flume S. 69  
208) Flume S. 80  
209) Flume S. 80  
210) Flume S. 91

Parteien wohl stets ohne Rücksicht auf den Umstand ab, daß dieser das gesamte Vermögen des Ehegatten bildet. Ihre Vereinbarung bezieht sich daher auch nach der Lehre von Flume nicht auf diese Eigenschaft, ihre Vorstellung, bezw. ihr Wissen um diese Eigenschaft wird somit nicht Vertragsinhalt. Selbst wenn man Flume entnehmen wollte, daß die Vorstellung der Eigenschaften immer Vertragsinhalt werde, könnte sich Eppig nicht auf ihn berufen. Dann nämlich müßte man den Begriff der "Vorstellung" einengen: Nach dem ganzen Sinn der Lehre Flumes kann unter "Vorstellung" nur der für den Vertragsabschluß bestimmende Bewußtseinsinhalt beider Parteien verstanden werden. Deshalb verbietet es sich, diesen Begriff der Vorstellung mit dem bloßen Wissen der Parteien gleichzustellen, was Eppig offenbar unterlaufen ist.

Mit ihrer Eigenschaftstheorie dürfte Eppig demnach ebenfalls keine subjektiven Merkmale in § 1365 Abs.I BGB nachgewiesen haben.

3.) Schließlich können auch subjektive Merkmale nicht mit der Aufstellung eines "subjektiven Vermögensbegriffs" in die Vorschrift eingeführt werden. Der Begriff des "Vermögens" ist allein nach objektiven juristischen oder wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmen. Da sich die Beschränkung nur an den Ehegatten wendet, hat der Vermögensbegriff in § 1365 Abs.I BGB zu der Person des Dritten auch gar keine Beziehung. Subjektive Momente könnten daher allenfalls von der Seite des Ehegatten her den Vermögensbegriff beeinflussen.

4.) Das negative Ergebnis aller bisher erörterten Versuche, in § 1365 Abs.I BGB einen subjektiven Tatbestand nachzuweisen, drängt zu einem Vergleich mit anderen Bestimmungen des ehelichen Güterrechts. Bei § 1365 BGB treten die gleichen Schwierigkeiten auf wie bei § 1365 Abs.I BGB. Da die Hausratseigenschaft aber bei den betref-

fenen Gegenständen offensichtlich ist, bereitet die Frage bei § 1365 BGB nicht solche praktischen Schwierigkeiten wie bei § 1365 Abs.I BGB. Ähnlich ist es bei den §§ 1423 BGB, 1444 BGB a.F. In ihrer wörtlichen Fassung stimmen diese Vorschriften im großen und ganzen mit § 1365 Abs.I BGB überein. Weder in Rechtsprechung noch im Schrifttum ist die gleiche Frage aber bei ihnen erörtert worden. Soweit man auf die oben behandelte Entscheidung des RG 211) zu § 1444 BGB a.F. die subjektive Theorie stützen will, kann dem nicht gefolgt werden, weil das RG über diese Frage nicht zu entscheiden hatte. Dafür läßt sich auch nicht Unzner heranziehen, der der Ansicht des RG beipflichtet 212). Das Problem des subjektiven Tatbestandes bleibt daher auch bei den §§ 1444 BGB a.F., 1423 BGB unbeantwortet. Ferner ergeben auch die Vorschriften des früheren gesetzlichen Güterstandes 213) - ganz abgesehen davon, daß sie nicht mehr geltendes Recht sind - keine Anhaltspunkte für die Existenz subjektiver Tatbestandselemente.

Ebensowenig vermag ein Vergleich mit rechtsähnlichen ausländischen Vorschriften zur Klärung der Frage beizutragen 214). Soweit in ausländischen Rechten Beschränkungen ähnlicher Art bestehen, sind subjektive Momente in besonderen Rechtssätzen berücksichtigt 215). Aus den vergleichbaren, güterrechtlichen Vorschriften folgt also nichts zugunsten subjektiver Merkmale in § 1365 Abs.I BGB

---

211) RGZ 94, 314

212) Planck-Unzner (4.Aufl.1928) § 1444 Anm.1

213) Vgl. § 1376 BGB a.F.

214) Zur Rechtsvergleichung vgl.: Boehmer, MDR 1950, 450; Dölle, RabelsZ 1953, 608; Neumayer, RabelsZ 1953, 376; Gaa S. 18 ff; Reithmann, DnotZ 1961, 3/10

215) Vgl. z.B. Boehmer, Rpfleger 1959, 1 (für die skandinavischen Rechte) oder Art.202 Abs.II ZGB

5.) Der durch die Fassung der Vorschrift gezogene Anwendungsbereich umfaßt - wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben - daher auch die Fälle, in denen der Dritte nicht weiß, daß der Ehegatte über sein ganzes Vermögen verfügt. Die dadurch entstehende, nicht zu Unrecht als untragbar empfundene Erschwerung und Gefährdung des Rechtsverkehrs läßt sich vielleicht noch mit einer einschränkenden Auslegung der Vorschrift auf ein erträgliches Maß herabsetzen. Einschränkende Auslegung soll dabei immer noch als "Auslegung" verstanden werden, d.h. das Gesetzeswort läßt sich immer noch als eine bei Berücksichtigung aller Umstände verständige Erklärung des Gesetzeswillens ansehen 216). Darüberhinaus dürfte es sich aber auch dann noch um "einschränkende Auslegung" handeln, wenn der im Gesetzeswortlaut ausgedrückte gesetzgeberische Zweck eine Begrenzung des zu weit gefaßten Wortlauts verlangt.

Für die Feststellung des Gesetzeswillens haben die Gesetzesmaterialien eine maßgebliche Bedeutung. Die Gesetzesmaterialien zu § 1365 Abs.I BGB sprechen für die Anerkennung der subjektiven Theorie. Der Rechtsausschuß des Bundestages vertrat die Ansicht, beide Vertragsparteien müßten - wenn man nicht schon einen Vertrag nach Art des § 311 BGB verlange - wenigstens die positive Kenntnis davon haben, daß der einzelne Gegenstand oder die Mehrheit der Gegenstände das Gesamtvermögen des Ehegatten ausmachen 217). Aus dieser Äußerung läßt sich eindeutig ersehen, wie der Rechtsausschuß des Bundestages sich die Abgrenzung der kollidierenden Interessen der Familie und des Rechtsverkehrs vorgestellt hat.

Wie Reinicke berichtet 218), hat der Bundestag bei

---

216) Enneccerus-Nipperdey § 57 II

217) Bundestagsdrucksache 3409, S. 6

218) BB 1957, 564/565

der abschließenden Beratung des Gleichberechtigungsgesetzes der Auffassung des Rechtsausschusses nicht widersprochen. Hieraus zieht Reinicke den Schluß, diese Auffassung des § 1365 Abs. I BGB sei mithin Gesetz geworden. Damit mißt Reinicke den Gesetzesmaterialien jedoch eine Bedeutung und einen Einfluß auf die Auslegung bei, die ihnen nach der heute herrschenden Theorie der Gesetzesauslegung nicht zukommen können. Nach Reinicke wäre der Inhalt des Gesetzes identisch mit den irgendwie geäußerten Ansichten der an der Gesetzgebung beteiligten Organe. Das wäre eine vollkommen subjektive, auf einen psychologischen Willen der Gesetzgebungsorgane abstellende Art der Gesetzesauslegung.

Die heute herrschende Theorie der Gesetzesauslegung mißt indessen dem Willen des Gesetzgebers für die Bestimmung des Gesetzesinhalts zwar eine gewisse Bedeutung bei; er ist aber für sie nur einer der Faktoren, die für die Gesetzesauslegung in Betracht kommen. Sie geht nicht von dem psychologischen Willen des Gesetzgebers, sondern von dem im Gesetz selbst zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers aus. Diese Auffassung hat jüngst das Bundesverfassungsgericht erneut bestätigt (219). Es führt dazu aus: "Gegenstand der Auslegung ist das Gesetz selbst, der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers (220)..... Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können (221). Maßgeblich ist danach der Sinn, den der Gesetzgeber

---

219) NJW 1960, 1563/1564

220) Vgl. Radbruch S. 210

221) Vgl. BverfGE, 1, 299/312

mit seinen Worten verband, vorausgesetzt, daß er in den Worten einen (wenngleich unvollkommenen) Ausdruck gefunden hat 222).

Es ist oben bereits erörtert worden, daß in § 1365 Abs.I BGB subjektive Momente weder enthalten noch irgendwie zum Ausdruck gekommen sind. Das Schweigen des Bundestages zu der Rechtsauffassung des Rechtsausschusses kann daher ebenfalls nicht die subjektive Theorie stützen.

Sie läßt sich auch nicht aus den Grenzen des in § 1365 Abs.I BGB vorherrschenden Schutzzwecks selbst herleiten. Der Zweck der Vorschrift - die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie - ist allein am Familienschutz orientiert und umfaßt demzufolge in keiner Weise die Interessen außenstehender Dritter. Zu seiner Begrenzung hätte es einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedurft. Der Inhalt der Norm stellt - wie Bosch zutreffend sagt 223) - den "Eheschutz vor den Rechtsverkehrsschutz."

Die Mittel der Auslegung im engeren Sinne sind damit erschöpft. Mit ihrer Hilfe läßt sich die subjektive Theorie nicht begründen.

II. Die Begründung der subjektiven Theorie durch Analogie zu § 419 BGB.

Um die Vorschrift in ihrem Anwendungsbereich dennoch einzuschränken, begründet die herrschende Meinung die subjektive Theorie mit der Analogie zu § 419 BGB 224). Zu § 419 BGB wird ebenfalls

---

222) Enneccerus-Nipperdey § 54 II

223) FamRZ 1957, 189/195

224) Vgl. Finke, MDR 1957, 514/515; RGRK § 1365 Anm. 13; LG Bielefeld, FamRZ 1959, 245/247; LG Detmold, NJW 1958, 1729/1730; OLG Hamm, NJW 1960, 1466 mit zustimmender Anmerkung von Breetzke.

eine "subjektive Theorie" vertreten. Der Unternehmer eines Vermögens haftet nur dann nach § 419 BGB, wenn er weiß, daß die Einzelgegenstände, die er übernimmt, das ganze Vermögen des Übergebers verkörpern. Dazu genügt es, wenn er die tatsächlichen Verhältnisse kennt, aus denen sich ergibt, daß die Einzelgegenstände das ganze Vermögen des Übergebers bilden. Die Entwicklung und den heutigen Stand der Meinungen zur subjektiven Theorie bei § 419 BGB hat Knur ausführlich dargestellt (225). Der späteren Rechtsprechung des RG folgend bejaht die heute herrschende Meinung für § 419 BGB die subjektive Theorie, ohne sie jedoch eingehend zu begründen (226). Die subjektive Theorie hat aber auch bei § 419 BGB noch keine allgemeine Zustimmung gefunden, so daß man sie nicht als Gewohnheitsrecht bezeichnen kann (227). Überdies wenden sie ihre Anhänger in durchaus unterschiedlicher Weise an (228). Selbst wenn man die subjektive Theorie bei § 419 BGB bedenkenlos bejaht, ergeben sich gegen ihre Übernahme in § 1365 Abs. I BGB erhebliche Bedenken.

Wie Knur (229) und ihm folgend Eppig (230) ausführlich dargelegt haben, sind beide Vorschriften nach Tatbestand, Schutzzweck und Rechtsfolgen völlig verschieden. § 419 BGB knüpft die Rechtsfolge der Haftung des Unternehmers zugunsten der Gläubiger des Übergebers an die Übernahme des Vermögens, § 1365 Abs. I BGB macht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes zugunsten der Familie von der Zustimmung des anderen Ehegatten abhängig.

---

225) Probleme S. 31 ff

226) Vgl. Palandt-Danckelmann § 419 Anm. 3 c; Eppig S. 51/52

227) Bergenroth, MDR 1951, 140; Richter, MDR 1953, 469; Staudinger-Werner § 419 Anm. I 2

228) Vgl. RGZ 76, 1/4; 168/170; 123, 52/55; 134, 121/125; 154, 370/175; Knur, Probleme S. 31 ff; Laue, AcP 146, 156/180 ff; OLG München, MDR 1953, 41

229) Probleme S. 31 ff

230) Eppig S. 53 ff

Insbesondere sind der Schutz der Familie und die Sicherung der Gläubigerinteressen miteinander nicht vergleichbar.

Darüberhinaus verschleiert die Berufung auf die Analogie zu § 419 BGB die wirkliche Problematik. Die Analogie zu § 419 BGB soll hier bei § 1365 Abs.I BGB die Reichweite der Vorschrift einschränken. Der Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Analogie setzt indes eine Gesetzeslücke voraus, die positiv ausgefüllt werden soll. Man unterscheidet im Anschluß an Zitelmann eigentliche und uneigentliche Gesetzeslücken 231). Eine eigentliche Gesetzeslücke liegt vor, wenn für einen Sachverhalt kein gesetzlicher Tatbestand zutrifft (Normlücke). Eine uneigentliche Gesetzeslücke ist gegeben, wenn der Norminhalt einen Sachverhalt zwar miterfaßt, aber die Entscheidung nach der an sich zutreffenden Norm unrichtig, weil untragbar, ist (Entscheidungslücke) 232). Da § 1365 Abs.I BGB auch die Fälle umfaßt, die die subjektive Theorie ausscheiden will, handelt es sich nicht um eine eigentliche, sondern allenfalls um eine uneigentliche Gesetzeslücke.

In der Feststellung dieser "Gesetzeslücke" erschöpft sich das ganze Problem der subjektiven Theorie. Ist sie ermittelt, dann ist die Vorschrift eingeschränkt. Dazu ist aber die Analogie zu § 419 BGB untauglich. Analogie zu § 419 BGB würde nichts anderes bedeuten, als § 1365 Abs.I BGB einzuschränken, ohne die Zulässigkeit der Einschränkung für § 1365 Abs.I BGB genau zu prüfen. Eine "Analogie" kann nicht damit begründet werden, daß man ihre Voraussetzung - die Gesetzeslücke - selbst "analog" feststellt. Die Ermittlung der Gesetzeslücke - und damit die Beschränkung der Reichweite der Vorschrift - kann daher keine Ana-

---

231) Zitelmann S. 19/20; RGZ 162, 147 ff

232) Bartholomeyczik S. 93

logie sein. Diese kommt nur dann in Frage, wenn es darum geht, eine festgestellte Lücke positiv auszufüllen. Unter dem Mantel der Analogie verbirgt sich hier vielmehr etwas anderes, wie unten noch darzulegen sein wird (s.S.116). Die subjektive Theorie kann sich sonach auch nicht auf eine Analogie zu § 419 BGB stützen.

Auslegung und Analogie haben demnach nicht die Existenz subjektiver Merkmale in § 1365 Abs.I BGB begründen können.

Der Systematik des BGB sind auch subjektive Merkmale im Tatbestand der Vorschriften, die ein Rechtsgeschäft verbieten oder für zustimmungsbedürftig erklären, fremd. Im ehelichen Güterrecht z.B. ähnelt der frühere § 1376 BGB dem heutigen § 1365 Abs.I BGB. In dieser Vorschrift werden - wie in § 1365 Abs.I BGB - an tatsächliche Gegebenheiten, nämlich z.B. die Verbrauchbarkeit von Gegenständen, Rechtsfolgen angeknüpft. Nirgends ist - soweit die Frage überhaupt aufgeworfen worden ist - bezweifelt worden, daß § 1376 BGB a.F. rein objektiv aufzufassen ist. Ein Irrtum des Dritten über die Verbrauchbarkeit der Sache schützte ihn nicht. Weitere Rechtsvorschriften, die an eine Tatsache ähnliche Rechtsfolgen anknüpfen, bestimmen ausdrücklich, wann subjektive Momente zu berücksichtigen sind, so die Gutglaubensregeln und alle Verweisungen auf sie (233). Immer ist Ausgangspunkt ein rein objektiver Tatbestand. Erst in besonderen Rechtssätzen werden subjektive Momente beachtet. Das Gesetz verfährt so in jedem Einzelfalle, dadurch gibt es zu erkennen, daß es die Einschränkung der zuvor getroffenen Regelung immer für jeden Fall besonders geprüft wissen will.

Mit den zustimmungsbedürftigen Geschäften sind

---

233) Vgl.:z.B. §§ 932, 135 Abs.II,  
161 Abs.III BGB

die Rechtsgeschäfte kraft Vertretungsmacht verwandt. Subjektive Momente auf Seiten des Dritten haben für die Frage, ob die behauptete Vertretungsmacht besteht oder nicht, keine Bedeutung - es sei denn wieder durch besonderen Rechtssatz gem. §§ 170 ff BGB, die den Scheinbevollmächtigten so stellen, als ob er Vertretungsmacht hat.

Ebenso verhält es sich bei den gesetzlichen Verboten des § 134 BGB. Besteht ein absolutes Veräußerungsverbot, z.B. "Trakehner" dürfen nicht verkauft werden, dann nutzt es einem Dritten nichts, wenn er beim Kauf nicht wußte, daß es sich um einen "Trakehner" handelte.

### III. Begründung der subjektiven Theorie durch abändernde Rechtsfindung.

Der Systematik des bürgerlichen Rechts entsprechend gehören subjektive Merkmale auf Seiten Dritter nicht in den Tatbestand der Norm, die ein Rechtsgeschäft verbietet oder an die Zustimmung anderer bindet. Der Versuch der herrschenden Meinung, die Kenntnis des Dritten zum Tatbestandsmerkmal des § 1365 Abs.I BGB zu erheben, ist daher schon systematisch verfehlt. Da § 1365 Abs.I BGB eine allumfassende Vorschrift ist, bedarf es vielmehr eines besonderen Rechtssatzes, der die Reichweite der Bestimmung einschränkt und die Regel der freien Verfügungsbefugnis unter den fraglichen Voraussetzungen wiederherstellt. Einen solchen Rechtssatz enthält § 1365 Abs.I BGB offensichtlich nicht. Es ist jedoch denkbar, daß er im Wege richterlicher Rechtsfindung aufgestellt werden kann. Das ist die einzige systematische Möglichkeit, die subjektive Theorie der herrschenden Meinung zu begründen. Diese Möglichkeit ist aber an die Voraussetzungen der richterlichen Rechtsfindung gebunden.

1.) Wenn eine Gesetzesnorm dazu nötigt, Sachverhalte höchst unpassend, ja sogar unvernünftig zu entscheiden, und Folgen herbeiführt, die vernünfti-

gerweise nicht so zu ordnen sind und die der Gesetzgeber, wenn er sie gekannt und gehörig bedacht hätte, sicherlich nicht so geregelt hätte, dann ist es zulässig, die Norm in ihrem Anwendungsbereich zu beschränken. Wie Nipperdey mit Recht sagt, handelt es sich dabei nicht mehr um eine einschränkende Auslegung, sondern um richterliche Rechtsfindung (234). Denn es wird nicht der Ausdruck des Gesetzes, sondern sein Gedanke verbessert. Falls die Einschränkung zu einer Gesetzeslücke führt, ist diese nach den Grundgedanken des Rechts und unter Berücksichtigung der Grundsätze und Maximen richterlicher Rechtsfindung auszufüllen. Dabei darf man aber nicht übersehen - was Nipperdey leider nicht betont -, daß zumindest dort, wo es sich allein darum handelt, eine Norm einzuschränken bzw. zu berichtigen, ohne daß es der Ausfüllung einer Lücke bedarf, schon die Beschränkung bzw. Berichtigung selbst nach den Grundgedanken des Gesetzes zu erfolgen hat.

Läßt sich nun die subjektive Theorie durch solche abändernde Rechtsfindung (Restriktion) begründen?

Erste Vorbedingung dafür ist, daß sie die Schwierigkeiten, die die Norm bereitet, wirkungsvoll im wesentlichen behebt. Diese Voraussetzung erfüllt die subjektive Theorie. Bei Kenntnis des Umstandes, daß der Einzelgegenstand das Gesamtvermögen darstellt, muß die Beschränkung eingreifen können. Hier bedarf der Rechtsverkehr keines Schutzes. In den Fällen der Unkenntnis dieses Umstandes hilft sie der Behinderung und Gefährdung des Rechtsverkehrs in geeigneter Weise ab (235).

---

234). § 59 II; dort weitere Literaturnachweise

235) Über die Auswirkungen der subjektiven und der objektiven Theorie im Grundbuchverkehr vgl. Haegeler, Rpfleger 1959, 4/8 ff, 1960, 271/273; Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 228/233 unter VIII

Die weitere Voraussetzung der Restriktion besteht darin, daß die Entscheidung der Fälle, die aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen werden sollen, bei Anwendung der Norm zu untragbaren Folgen führt, die der Gesetzgeber nicht gebilligt hätte, wenn er sie erkannt hätte. Auf Grund der Materialien zum Gleichberechtigungsgesetz steht hier zwar sogar fest, daß der Gesetzgeber sich den Anwendungsbe- reich der Bestimmung anders - nämlich im Sinne der subjektiven Theorie - vorgestellt hat, aber die Auffassung des Gesetzgebers darf - wie oben darge- legt - nicht berücksichtigt werden.

Demnach kommt es darauf an, welche Schwierigkeiten die Vorschrift verursacht. Diese bestehen haupt- sächlich darin, daß es keine sicheren Anhaltspunk- te dafür gibt, daß die Zustimmung zu einem Rechts- geschäft nicht erforderlich ist. Denn weder kann sich der Geschäftspartner des Ehegatten zuverläs- sig und in angemel ener Zeit vergewissern, daß sein Geschäftspartner nicht verheiratet ist, nicht in dem Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebt und - falls erforderlich - die Zustimmung des an- deren Ehegatten erfolgt ist, noch kann er mit Sicherheit feststellen, daß der - objektiv wert- volle - Geschäftsgegenstand nicht das ganze Ver- mögen des Ehegatten bildet.

Es ist verständlich, wenn angesichts dieser Zwei- felsfragen die herrschende Meinung die Kenntnis des Dritten bei Abschluß des Verpflichtungsge- schäftes zur Voraussetzung der Beschränkung er- hebt. Das stößt jedoch auf erhebliche Bedenken. Es werden nämlich dabei die Grundsätze außer acht gelassen, nach denen das Gesetz ähnliche Interessenkonflikte wie zwischen den Interessen der Familie und des Rechtsverkehrs zu lösen pflegt, z.B. in den §§ 932 ff BGB, 6 ff KO. Hierin liegt aber eine weitere wesentliche Vor- aussetzung der Restriktion. Sie darf nicht den Grundgedanken des Gesetzes widersprechen.

sondern hat sich nach diesen zu richten. Es gilt hier, die Grenze zwischen Beschränkung und Zustimmungsfreiheit weit vorsichtiger zu ziehen, als es bisher geschehen ist. Unverkennbar ist zunächst, wie ein Vergleich mit dem früheren Güterrecht und wie Art. 6 des Grundgesetzes zeigen, daß der Schutz der Familie gegenüber der Sicherung und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs ganz allgemein ein Übergewicht hat.

Bedenken gegen eine schrankenlose Anerkennung der subjektiven Theorie entstehen ferner daraus, daß sich unter ihr Fälle verbergen können, die das Gesetz bereits eindeutig zugunsten der Familieninteressen entschieden hat. Hierher gehören alle die Fälle, in denen die Hauptursache der Unkenntnis, daß es sich um das Gesamtvermögen des Ehegatten handelt, in erster Linie gar nicht dieser Umstand selbst ist, sondern die Unkenntnis dessen, daß der Geschäftspartner verheiratet ist oder in Zugewinnngemeinschaft lebt oder die Zustimmung des anderen Ehegatten fehlt. Es ist natürlich die Folge einer solchen Unwissenheit, daß der Dritte gar nicht damit rechnet, daß das Gesamtvermögen betroffen ist und infolgedessen sich auch nicht um eine Aufklärung bemüht. Das Gesetz schützt den Dritten indessen nicht, der nicht weiß, daß sein Geschäftspartner verheiratet ist oder im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt oder daß die Zustimmung fehlt. Der Dritte kann sich daher nicht darauf berufen, er habe gar nicht gewußt, daß es auf den Umstand "Gesamtvermögen" ankomme. Diese Unwissenheit geht immer zu seinen Lasten; die Unkenntnis der Beschränkung nutzt ihm nichts. Man muß daher immer von der Annahme ausgehen, daß der Dritte weiß, der Geschäftspartner sei verheiratet, lebe in Zugewinnngemeinschaft und die Zustimmung könne u.U. erforderlich sein.

Es ist offenkundig, daß die subjektive Theorie diesen notwendigen Ausgangspunkt nicht ausreichend berücksichtigt, weil es bei ihr nicht zu einer Prüfung der Ursachen der Unkenntnis kommen kann. Daher begünstigt die subjektive Theorie möglicherweise Umstände, die nach dem Gesetz gerade nicht maßgeblich sein sollen.

2.) Damit schränkt sich die Zulässigkeit der Restriktion bereits erheblich ein; die Fragestellung lautet jetzt: Ist die Unkenntnis des Dritten im Hinblick auf das Vermögen im ganzen wenigstens insoweit erheblich, als sie auf anderen Ursachen beruht als der Unkenntnis der Ehegatteneigenschaft oder des Güterstandes oder des Fehlens der Zustimmung? Die subjektive Theorie in ihrer heutigen Formulierung - Kenntnis des Umstandes "Gesamtvermögen" - enthebt den Dritten jeder weiteren Nachprüfung und gestattet ihm, sich allein auf sein Nichtwissen zu berufen. Die herrschende Meinung glaubt, nur auf diese Weise eine Erschwerung und Unsicherheit des Rechtsverkehrs vermeiden zu können. Das ist indessen kein stichhaltiger Grund für die subjektive Theorie, denn der Zweck des § 1365 Abs. I BGB besteht gerade darin, den Rechtsverkehr bei Geschäften über das Vermögen im ganzen zu erschweren. Allenfalls könnte der Einwand berechtigt sein, der Rechtsverkehr werde unerträglich erschwert. Zur Vermeidung unerträglicher Folgen ist die subjektive Theorie zwar geeignet, sie schießt aber weit über ihr Ziel hinaus und trifft auch Fälle, in denen die Behinderung des Rechtsverkehrs - wie sich noch zeigen wird - hinzunehmen ist.

Zum anderen beruft die herrschende Meinung sich auf die entsprechende Auffassung zu § 419 BGB. Bei § 419 BGB erklärt sich das Erfordernis der positiven Kenntnis jedoch aus der Rücksicht auf

§ 892 BGB 236). Diese Begründung mag für § 419 BGB zutreffen. Hier hat der Gläubiger die Möglichkeit, seine Rechte dinglich zu sichern und im Grundbuch verlaublich zu lassen. Unterläßt er dies, unterliegt er dem Risiko, das für ihn der Schutz des Grundstückserwerbers nach § 892 BGB mit sich bringt. Der andere Ehegatte kann seine Interessen (die Interessen der Familie) indessen nicht grundbuchlich oder auf eine sonstige Weise offenkundig sichern lassen. Das verbietet, aus Rücksicht auf § 892 BGB auch bei § 1365 Abs.I BGB auf die positive Kenntnis des Dritten abzustellen 237). Im übrigen entspricht es nicht den Grundgedanken des Gesetzes - abgesehen von § 892 BGB - dem Dritten erst bei positiver Kenntnis den Schutz zu versagen, wie die Regelung des Gutglaubensschutzes beim Erwerb von Nichtberechtigten zeigt. Die Grundsätze, nach denen das Gesetz hier die Interessen des Berechtigten und des Erwerbers entscheidet, sind zugunsten des Erwerbers das Rechtsscheinsprinzip und zugunsten des Berechtigten das Veranlassungsprinzip. Nur wenn der Berechtigte eine den Rechtsschein der Berechtigung begründende Tatsachenlage veranlaßt hat und wenn der Erwerber nicht bösgläubig ist (§ 932 Abs.II), schützt ihn das Gesetz. Auf § 1365 Abs.I BGB übertragen bedeutet das: Trotz Veranlassung des Rechtsscheins und trotz Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit der kollidierenden Interessen (nämlich vermögensrechtlicher Art) verlangt das Gesetz in § 932 BGB, daß der Dritte nicht grob fahrlässig dem Rechtsschein vertrauen darf. Dann muß es doch erst recht auf grobe Fahrlässigkeit ankommen, wenn - wie bei § 1365 Abs.I BGB - der Ehegatte gar keine Veranlassung geben kann und

---

236) Vgl. Palandt-Danckelmann § 419 Anm.3 c;  
RGZ 123, 52/55

237) Vgl. dazu auch Lorenz, JZ 1959, 105/106

wenn die Interessen der Familie mit denen des Dritten nicht vergleichbar, weil andersartig, und diesen vorzuziehen sind. Es erscheint daher unhaltbar, auf gewisse Sorgfaltspflichten auf Seiten des Erwerbers zu verzichten und nur auf seine Unkenntnis abzustellen. Andernfalls würde auch der Sorgfältige schlechter gestellt als der Leichtfertige.

Bis zur Grenze der groben Fahrlässigkeit ist die subjektive Theorie demnach auf jeden Fall einzuschränken. Eine Restriktion der Vorschrift des § 1365 Abs.I BGB, die dies nicht beachtet, widerspricht den Grundgedanken des Gesetzes.

3.) Damit beschränkt sich die Restriktion erneut. Die Fragestellung lautet nunmehr: Entspricht es dem Gesetz, wenn der Dritte sich (erst) dann auf seine Unkenntnis berufen darf, wenn diese nur leicht fahrlässig verschuldet ist? Auch für diese Frage lassen sich aus dem Gesetz noch Anhaltspunkte entnehmen. So versagt das Gesetz z.B. dem Dritten in den §§ 122 Abs.II, 179 Abs.III BGB die Ersatzansprüche, wenn seine Unkenntnis der dort erheblichen Voraussetzungen überhaupt - also auch leicht fahrlässig - verschuldet war. Nach § 179 Abs. III BGB haftet der Vertreter ohne Vertretungsmacht nicht, wenn sein Geschäftspartner den Mangel der Vertretungsmacht kennen mußte. Das Gesetz schützt also die Interessen des Gegners schon dann nicht, wenn er sich selbst unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vor Nachteilen sichern konnte. Dieser Rechtsgedanke muß auch bei der Restriktion des § 1365 Abs.I BGB gelten. Es widerspräche außerdem dem Sinn des Familienschutzes, zu seinen Lasten ein fahrlässiges Verhalten des Dritten nicht zu berücksichtigen. § 1365 Abs.I BGB greift daher auch dann ein, wenn der Dritte die Zustimmungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäftes infolge Fahrlässigkeit

nicht gekannt hat, wenn seine Unkenntnis der Tatsache, daß das Rechtsgeschäft das Vermögen im ganzen betraf, also verschuldet war 238). Ähnlich hat das RG ständig zu § 2206 Satz 1 BGB entschieden 239). Überschreitet ein Testamentsvollstrecker die Grenzen seiner Berechtigung, Verbindlichkeiten einzugehen, so sind seine Rechtsgeschäfte mit Dritten dennoch wirksam, wenn diese ohne Fahrlässigkeit annehmen dürfen, daß die Rechtsgeschäfte im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses liegen. Auch hier findet der Dritte also erst dann Schutz, wenn ihm kein Verschulden zur Last fällt. Hieraus ergibt sich eine weitere Beschränkung der Zulässigkeit der Restriktion. Nach den bisherigen Ausführungen ist die Unkenntnis erst dann erheblich, wenn sie unverschuldet ist.

4.) Muß man aber nicht noch weiter fragen, ob die Unkenntnis des Dritten überhaupt erheblich ist? 240). Die objektive Theorie berücksichtigt die Unkenntnis des Dritten überhaupt nicht. Sie wendet § 1365 Abs. I BGB seinem Wortlaut gemäß an und schränkt die Vorschrift nicht ein 241).

Das Gesetz schweigt zu dieser Frage. § 1404 BGB a.F. kann schon deswegen nicht zu ihrer Lösung beitragen, weil er nicht mehr gilt; außerdem betraf er andere Probleme. Die Gesetzesmaterialien zum Gleichberechtigungsgesetz ergeben - ganz abgesehen von ihrer Wertbarkeit - ebenfalls keine Aufschlüsse. Der Gesetzgeber hat zwar die subjektive Theorie befürwortet, offensichtlich hat er aber die Folgen sowohl der subjektiven wie auch der objektiven Theorie nicht übersehen und

---

238) So ähnlich auch schon Boehmer (MDR 1950, 450/457) hinsichtlich des "Hausguts".

239) RGZ 75, 299/301; 83, 348/353; Palandt-Rechenmacher § 2206 Anm. 1. Das RG hat die unverschuldete Unkenntnis allerdings als Tatbestandsmerkmal des § 2206 Satz 1 BGB angesehen.

240) Man könnte noch zwischen nicht verschuldeter Unkenntnis und objektiver Unmöglichkeit der Kenntnis unterscheiden; letzteres käme aber der objektiven Theorie gleich.

241) Anhänger s.S. 161

genügend durchdacht. Er hat vielmehr der Vorschrift eine geringere Bedeutung beigemessen, als ihr im Laufe ihres Bestehens schon zugekommen ist. Auch ein Vergleich der Bestimmung mit den §§ 6, 7 KO kann die Frage nicht lösen 242). Zwar erklären die Vorschriften der KO, daß es - bis auf § 892 BGB - auf subjektive Momente auf Seiten des Dritten nicht ankommt. Das läßt sich jedoch nicht auf § 1365 Abs.I BGB übertragen. Der Fall des Konkurses wird durch öffentliche Bekanntmachung und Eintragung im Grundbuch derart stark verlautbart, daß das Gesetz mit der Kenntnis eines jeden sicher rechnen kann. Die Sachlage bei § 1365 Abs.I BGB ist unvergleichlich anders, denn die Beteiligung des Ehegatten an den Gesamtvermögensgeschäften wird - abgesehen von dem "Vermögen im ganzen" selbst - durch kein Merkmal äußerlich verlautbart. Man könnte daher eher daran denken, dem Rechtsgedanken der §§ 179 Abs. III, 122 Abs. II BGB entsprechend zu entscheiden. Nach diesen Bestimmungen bleibt der Dritte nur bei verschuldeter Unkenntnis ungeschützt. Dem steht aber wieder gegenüber, daß auch bei den §§ 179 Abs. III, 122 Abs. II BGB der Geschäftspartner des Dritten eine Ursache für dessen Ersatzansprüche durch sein Verhalten gesetzt hat, die die Berücksichtigung unverschuldeter Unkenntnis rechtfertigt. Abgesehen davon erregt die Ungleichartigkeit der kollidierenden Interessen in § 1365 Abs.I BGB Bedenken gegen die Übernahme solcher Rechtsgedanken. Welche Lösung der Gesetzgeber letztlich bevorzugt hätte, läßt sich nur aus einer Betrachtung der Folgen ersehen, die die objektive Theorie hervorrufen würde.

---

242) So Lorenz, JZ 1959, 105/108

Kann nicht in angemessener Zeit oder nicht mit Sicherheit oder überhaupt nicht - z.B. wenn der Ehegatte seine Vermögensverhältnisse geschickt verschleiert oder zweifelhafte Vermögenswerte besitzt - festgestellt werden, ob das gesamte Vermögen betroffen ist, dann muß der Dritte, wenn er allen Gefahren zuvorkommen will, sich vorsorglich die Zustimmung des anderen Ehegatten verschaffen. Dadurch wird schließlich jedes Rechtsgeschäft über einen objektiv wertvollen Gegenstand "zustimmungsbedürftig", wenn die Geschäftspartner des Ehegatten dessen Vermögensverhältnisse nicht genau kennen. Das hat sich im Laufe der bisherigen Geltungsdauer des § 1365 Abs.I BGB in der Praxis der Geschäfte, Unternehmen und Banken schon genügend gezeigt. Auch die Möglichkeit, daß § 1365 Abs.II BGB bei großzügiger Anwendung hier einen Ausgleich zur objektiven Theorie bieten könnte, dürfte fragwürdig sein. Denn die Zustimmungsbedürftigkeit wird auf diesem Wege nicht ausgeräumt, und auf eine dermal einst ergehende Entscheidung des Vormundschaftsgerichts wird sich so leicht niemand verlassen. Erlangt der Dritte aber nicht die Zustimmung des Ehegatten, dann bleibt ihm nichts anderes übrig, als von dem Geschäft Abstand zu nehmen. Praktisch wird durch diese Folge dem anderen Ehegatten die Entscheidung über Rechtsgeschäfte in die Hand gegeben, die ihm nach § 1365 Abs.I BGB nicht zustehen soll und damit die Ausnahme des § 1365 Abs.I BGB zur Regel verkehrt, worauf das OLG Frankfurt mit Recht hinweist (243). Man denke sich nur einen Fall dazu: Ein vermögender Ehegatte will ein wertvolles Vermögensstück verkaufen, das aber noch nicht sein gesamtes Vermögen bildet. Der Dritte kann sich über die Vermögensverhältnisse kein klares Bild verschaffen.

Vorsorglich hält er bei dem anderen Ehegatten um die Zustimmung an. Dieser hat es nun in der Hand, ob das Geschäft zustandekommt oder nicht. Offenkundig führt daher die objektive Theorie zu einer Erweiterung (wenn auch nur praktisch) des Anwendungsbereichs des § 1365 Abs.I BGB, die der Gesetzgeber - hätte er sie bedacht - nicht gebilligt hätte. Denn sonst hätte er die Vorschrift sofort von vornherein derart weit fassen können.

Dem Dritten muß daher eine Möglichkeit geboten werden, auch ohne Zustimmung des anderen Ehegatten bei zweifelhafter Sachlage das Rechtsgeschäft abschließen zu können, wenn man die praktische Zustimmungsbedürftigkeit vieler Rechtsgeschäfte vermeiden will. Eine solche Möglichkeit ist ihm gegeben, wenn man § 1365 Abs.I BGB nicht anwendet, falls er unverschuldet nicht wußte, daß es sich um das ganze Vermögen des Ehegatten handelte. Zwar wird auch dann oft - schon aus dem Grunde der Arbeitersparnis - vorsorglich die Zustimmung des anderen Ehegatten verlangt werden, es tritt aber nicht mehr die Folge ein, daß der Dritte von dem Geschäft Abstand nehmen muß, wenn er trotz sorgfältiger Prüfung nicht hat feststellen können, daß das ganze Vermögen des Ehegatten betroffen ist.

Stellt man auf die unverschuldete Unkenntnis des Dritten ab, kann es natürlich dazu kommen, daß tatsächlich über das ganze Vermögen des Ehegatten wirksam verfügt wird. Diese Folge ist mit dem Schutzzweck des § 1365 Abs.I BGB zwar nicht zu vereinbaren. Sie läßt sich jedoch nicht vermeiden. Allerdings besteht eine Möglichkeit, sie auf ein durchaus erträgliches Maß herabzusetzen. Man sollte nämlich unter die Sorgfaltspflichten, die den Geschäftspartner des Ehegatten treffen, die Pflicht aufnehmen, soweit es ihm möglich und zumutbar ist, den anderen Ehegatten von dem

beabsichtigten Geschäft in Kenntnis zu setzen. Dieser hat dann die Möglichkeit, durch begründete Angaben über das Vermögen seines Gatten die Unkenntnis des Dritten zu beseitigen.

Eine Zusammenfassung der bisherigen Erörterungen ergibt, daß § 1365 Abs.I BGB nur insoweit berichtigt werden darf, als er auch bei unverschuldeter Unkenntnis des Dritten eingreifen würde. Dieses Ergebnis läßt sich als "eingeschränkte subjektive Theorie" bezeichnen. Hieran schließen sich noch einige Zweifelsfragen an.

Die herrschende Meinung erfaßt die Kenntnis des Dritten als tatbestandliche Voraussetzung der Beschränkung. Infolgedessen muß sie der andere Ehegatte behaupten und beweisen, wenn er die Unwirksamkeit des Geschäftes geltend machen will.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann die Kenntnis nicht Tatbestandsmerkmal der Beschränkung sein. Das würde der Systematik des BGB widersprechen (s.S. 116). Sie muß vielmehr in Gestalt eines besonderen Rechtssatzes erfaßt werden, der die Rechtsfolgen des allumfassenden Tatbestandes der Beschränkung des § 1365 Abs.I BGB selbst unter den beachtlichen Voraussetzungen wieder aufhebt. Die Behauptungs- und Beweislast für diese Voraussetzungen - hier die unverschuldete Unkenntnis - muß daher den Dritten treffen, der sich auf den Ausschlußtatbestand beruft. Nur eine solche Verteilung entspricht dem Schutzzweck der Norm. Die Auffassung der herrschenden Meinung würde - zusammen mit ihrer weitgefaßten subjektiven Theorie - § 1365 Abs.I BGB in der Praxis weitgehend illusorisch machen. Nach der eingeschränkten subjektiven Theorie bleibt ferner unbefriedigend, daß auch eine unentgeltliche Vermögenszuwendung - sofern die Unkenntnis des Dritten nicht verschuldet ist - der Zustimmung des Ehegatten nicht bedarf.

Hier benötigt der Rechtsverkehr keinen Schutz auf Kosten der Familie. Die ungerechtfertigte Folge läßt sich jedoch dadurch ausmerzen, daß man die Berichtigung des § 1365 Abs.I BGB von der Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes abhängig macht. Derselbe Rechtsgedanke liegt z.B. auch dem § 816 Abs.I Satz 2 BGB zugrunde. Dritte betrachtet das Gesetz nur dann als schutzwürdig, wenn sie eine Gegenleistung erbracht haben. Unentgeltliche Zuwendungen sollen sie nicht behalten dürfen. Auf § 1365 Abs.I BGB übertragen besagt dieser Rechtsgedanke: Nur bei entgeltlichen Geschäften kann sich der Geschäftspartner auf seine unverschuldete Unkenntnis berufen. Der Tatbestand, der die Rechtsfolgen des § 1365 Abs.I BGB wieder aufhebt, muß also lauten:

Entgeltliche Rechtsgeschäfte sind ohne Zustimmung des anderen Ehegatten wirksam, wenn der Geschäftspartner des Ehegatten unverschuldet nicht weiß, daß das Rechtsgeschäft das ganze Vermögen des Ehegatten betrifft.

Wann die Unkenntnis verschuldet, wann sie unverschuldet ist, ist nicht einheitlich zu beantworten. Das wird im wesentlichen von der Natur des Rechtsgeschäftes und den Beteiligten abhängen. Hierfür sind einzelne Fallgruppen zu bilden 244). So sind die Sorgfaltspflichten des Dritten verschieden, je nachdem welchen gesellschaftlichen Kreisen die Beteiligten angehören, welcher Art das Rechtsgeschäft ist, ob es ein Kaufmann tätig oder ein Privater, welche Zeitumstände vorherrschen (Vermögensverfall - Vermögensbildung), welcher Art der Geschäftsgegenstand ist, ob ein Umsatzgegenstand oder ein typisches Vermögensanlageobjekt. In den meisten Fällen wird

---

244) Hier, im subjektiven Bereich, ist die von Rittner befürwortete "Typologie der betroffenen Rechtsgeschäfte" am Platze, nicht aber im (objektiven) Tatbestand der Verwaltungsbeschränkung (s.S.42).

es sich empfehlen, es dem Dritten - soweit angemessen und zumutbar - zur Pflicht zu machen, den anderen Ehegatten von dem Geschäft zu benachrichtigen. Es liegt sodann an diesem, den Dritten durch begründete Angaben in Kenntnis zu setzen. Verschließt sich der Dritte der Kenntnis, müssen die Grundsätze gelten, die der BGH zu § 990 BGB aufgestellt hat. Der BGH führt zu § 990 BGB aus: Die Kenntnis der Nichtberechtigung zum Besitz müsse dann als erlangt gelten, wenn der Besitzer über den Mangel seines Rechts in einer Weise aufgeklärt sei, daß ein redlich und vom eigenen Vorteil nicht beeinflusster Denkender sich der Überzeugung seiner Nichtberechtigung nicht verschließen würde (245). Auf § 1365 Abs. I BGB übertragen heißt das, daß der Dritte "weiß", daß das Rechtsgeschäft das Vermögen im ganzen betrifft, wenn er vom anderen Ehegatten in einer Weise aufgeklärt worden ist, daß ein redlich Denkender sich der Überzeugung nicht verschließen würde, es handle sich um das Vermögen im ganzen.

Mit der eingeschränkten subjektiven Theorie löst sich auch der Fall der Vermögensübertragung an mehrere Personen in sachgerechter Weise. Stehen die mehreren Rechtsgeschäfte in einem zeitlichen Zusammenhang und weiß der Ehegatte, daß sie wirtschaftlich eine Einheit bilden, dann ist jedes einzelne von ihnen nur dann unwirksam, wenn der Dritte wegen eigenen Verschuldens nicht weiß, daß der Ehegatte über sein ganzes Vermögen - wenn auch in mehreren Rechtsgeschäften - verfügt.

Die eingeschränkte subjektive Theorie ist nicht ein neuer Fall des Gutglaubensschutzes in eigentlichem Sinne. Wäre sie das, so müßten ihr Bedenken entgegenstehen, weil es einen Schutz des guten Glaubens an die Wirksamkeit von Verpflichtungsgeschäften nicht gibt. Sie will vielmehr nur eine Brücke zur Überwindung der

---

245) BGH, NJW 1958, 668 = BGHZ 26, 256/260

Schwierigkeiten sein, die sich bei der Feststellung des Vermögens ergeben können. Dazu schränkt sie die Vorschrift des § 1365 Abs.I BGB in der Weise ein, daß "entgeltliche Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung wirksam sind, wenn der Geschäftspartner des Ehegatten unverschuldet nicht weiß, daß das Rechtsgeschäft das Vermögen im ganzen betrifft".

§ 7. Der zeitliche Geltungsbereich des § 1365  
Abs.I BGB.

Gem. Art. 8 Teil II Nr. 4 des Gleichberechtigungsgesetzes ist dieses am 1. Juli 1958 in Kraft getreten. Durch diese Stichtagsregelung sind manche Zweifelsfragen zur zeitlichen Geltung des Gesetzes aufgetreten. Dazu kommen noch die weiteren Probleme, die nicht mit dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes, sondern mit der Tatbestandsverwirklichung des § 1365 Abs.I BGB zusammenhängen, wie z.B. Heirat zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft, zwischenzeitliche Veränderung der Vermögensverhältnisse, Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft.

I. Zwischenzeitliches Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes.

Die überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung geht in letzter Zeit dahin, zu dem Erfüllungsgeschäft nicht mehr die Zustimmung zu verlangen, wenn das Verpflichtungsgeschäft vor dem 1. Juli 1958 abgeschlossen worden ist. Das Problem gliedert sich in zwei Fragen: 1. Ist die Verpflichtung aus der Zeit vor dem 1. Juli 1958 noch wirksam? 2. Bedarf es zur Erfüllung auch bei einer wirksamen Verpflichtung der Zustimmung des anderen Ehegatten?

Die erste Frage wird überwiegend und meistens ohne nähere Begründung bejaht (246). Soweit man sich um eine Begründung bemüht, weist man darauf hin, daß "neue Gesetze wohlerworbene Rechte unberührt lassen" oder den Vorschriften des Gleichberechtigungsgesetzes keine Rückwirkung beigelegt

---

246) Reinicke, BB 1957, 564; Barmann, AcP 157, 145/162; Tiedau, MDR 1958, 377/380; Boehmer, FamRZ 1959, 1/5; Schulz-Kersting, FamRZ 1959, 67; Knur, DNotZ 1957, 451/453 Fußn.9; Bosch, FamRZ 1959, 240; LG Augsburg, DNotZ 1958, 550; LG Berlin, FamRZ 1959, 64

sei 247). Lediglich das BayObLG geht darüberhinaus, wenn es ausführt, der Schutz des Vertrauens in die Gesetze verlange, daß die Gültigkeit einer unter dem alten Recht entstandenen Verbindlichkeit auch bei solchen Tatbeständen, die sich erst unter der Herrschaft eines neuen Gesetzes vollenden, weiterhin nach dem alten Recht zu beurteilen sei. Eine Ausnahme davon will es nur dann machen, wenn eine Rückwirkung ausdrücklich angeordnet ist 248).

Die Berufung auf den Schutz wohlerworbener Rechte ist eine zweifelhafte Begründung; denn - wie Nipperdey zu Recht bemerkt - stimmt dieser Satz nicht immer 249). Beachtlich ist aber der Hinweis auf die Rückwirkung. Bei bereits abgewickelten Rechtsverhältnissen kann der Gesetzgeber nur unter erschwerten Voraussetzungen die Rückwirkung eines Gesetzes anordnen 250). Handelt es sich bei dem Verpflichtungsgeschäft aus der Zeit vor dem 1. Juli 1958 um einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt, dann wäre - ungeachtet der erschwerten Voraussetzungen - zumindest eine gesetzliche Anordnung der Rückwirkung nötig gewesen. Ein abgeschlossenes Verhältnis wäre das Verpflichtungsgeschäft, wenn das Schwergewicht des § 1365 Abs. I BGB auf dem Ver-

---

247) Boehmer, FamRZ 1959, 1/5; Bade, NJW 1958, 1957; Koeniger, DRiZ 1959, 372/375; Schulz-Kersting, JR 1959, 81/83; LG Darmstadt, NJW 1959, 103; OLG Hamm, Rpfleger 1959, 381; BHG, FamRZ 1958, 416

248) MDR 1959, 662

249) § 61 I. Es sei hier auf die bei Enneccerus-Nipperdey genannten Beispiele verwiesen: Sinnlos wäre es z.B., ein Gesetz, das die Zehntrechte für ablösbar erklärt oder das Recht des Grundeigentümers auf Einsammlung des von den Bäumen seines Grundstücks auf das Nachbargrundstück gefallenen Obstes aufhebt, auf bestehende Zehntrechte oder schon bestehendes Grundeigentum nicht anzuwenden.

250) Vgl. BGHZ 10, 394

pflichtungsgeschäfte ruhte 251). Diese Deutung der Vorschrift läßt sich mit ihrem Wortlaut vereinbaren und wird hier vertreten (s.S. 24, 34). Danach ist nur das Verpflichtungsgeschäft maßgebliche Richtschnur für die Frage der Zustimmungsbefähigung. Da ein Verpflichtungsgeschäft aus der Zeit vor dem 1. Juli 1958 abgeschlossen ist, das Gesetz sich aber keine rückwirkende Kraft beigelegt hat, bleibt das Verpflichtungsgeschäft auch nach dem 1. Juli 1958 weiterhin wirksam.

Das Ergebnis fiele aber auch nicht anders aus, wenn man das Verpflichtungsgeschäft nicht als "abgeschlossenes Verhältnis" betrachtet, sondern zu ihm auch noch die Erfüllung hinzurechnet. Die Geltung des § 1365 Abs.I BGB wäre dann keine Frage der Rückwirkung, sondern vielmehr der Auslegung des Gesetzes, nämlich inwieweit sich das neue Recht auf schon entstandene, aber noch nicht abgeschlossene Rechtsverhältnisse erstrecken soll. Hierfür gibt es zwei denkbare Fallgruppen 252):

1. Rechtssätze, die die Wirkung einer Tatsache bestimmen, beziehen sich nur auf seit Inkrafttreten des Rechtssatzes eingetretene Tatsachen. Diese Erkenntnis läßt sich mit den Übergangsvorschriften aus dem EGBGB belegen, z.B. mit Art. 170 EGBGB.
2. Rechtsvorschriften, die sich unmittelbar auf den Inhalt der Rechte selbst beziehen, verändern dagegen auch schon bestehende Verhältnisse 253). Da § 1365 Abs.I BGB an die Tatsache der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungserklärung eines Ehegatten anknüpft, gehört er somit in die erste Gruppe. Es gibt keinen Zweifel darüber, daß der Inhalt und die Wirkung von Forderungsrechten bzw. Verpflichtungen von der Tatsache der sie begründenden

---

251) OLG Hamm, Rpfleger 1959, 381

252) Enneccerus-Nipperdey § 62 I

253) Enneccerus-Nipperdey § 62 I 1 a

Willenserklärung abhängen. Die Geltung alten Rechts für die Entstehungstatsachen schuldrechtlicher Verpflichtungen hat ihren gesetzlichen Ausdruck in Art. 170 EGBGB gefunden. Selbst wenn man also das Verhältnis als noch nicht abgeschlossen ansieht, sind die früheren Verpflichtungsgeschäfte auch heute noch wirksam.

Die zweite oben erwähnte Frage ging dahin, ob der andere Ehegatte der Erfüllung einer wirksamen Verpflichtung zustimmen muß. Das wird z.T. bejaht (254). Den Grund dafür sieht man in erster Linie in dem Zweck der Bestimmung, der eine strenge Auslegung verlange (255). Die Existenz der Familie werde unmittelbar erst durch das Verfügungsgeschäft gefährdet, erst an dessen Unwirksamkeit knüpfe auch § 1368 BGB die Rechte des anderen Ehegatten (256). Ebenso wie die §§ 1444 BGB a.F., 1423 BGB - die Vorbilder des § 1365 Abs.I BGB - verlange § 1365 Abs.I BGB die Zustimmung zu beiden Akten, zur Verpflichtung wie auch zur Erfüllung. Genau betrachtet könne von einer "Erfüllung" einer "Verpflichtung" auch nur die Rede sein, wenn die Verpflichtung wirksam sei; denn sonst bestehe keine "Verpflichtung". Satz 2 setze demnach ein wirksames Kausalgeschäft voraus, wenigstens dürfe es aber auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Kausalgeschäftes nicht ankommen (257). Ferner sei das Gesetz schon lange vor seinem Inkrafttreten bekannt gewesen, mit der Zustimmungsbedürftigkeit hätte man daher schon vor dem 1. Juli 1958 rechnen müssen. Weiterhin zieht man zur Begründung der Zustimmungsbedürftigkeit auch noch das schon oben erwähnte Urteil des BGH heran, in dem es heißt,

---

254) Palandt-Lauterbach § 1365 Anm.1; LG Bremen, FamRZ 1959, 244

255) Knur, DNotZ 1957, 451/453 Fußn. 9

256) Schulz-Kersting, JR 1959, 81/83; FamRZ 1959, 67

257) Koeniger, DriZ 1959, 372/375

die Verfügungsbefugnis müsse grundsätzlich bis zum Eintritt der Rechtsänderung vorliegen 258).

Die Gegenmeinung, die eine Zustimmung des anderen Ehegatten zur Erfüllung einer wirksamen Verpflichtung ablehnt, stützt sich vornehmlich auf den Wortlaut des Satzes 2 des § 1365 Abs. I BGB. Nach ihrer Ansicht verlangt Satz 2 zur Erfüllung nur dann die Zustimmung, wenn nach Satz 1 die Zustimmung erforderlich war, aber noch nicht erfolgte. Für Satz 2 erblickt sie in Satz 1 die notwendige Voraussetzung 259). In Satz 2 ist demnach berichtigend zu lesen: "..... ohne die erforderliche Zustimmung". Die Anhänger dieser Ansicht weisen auch auf die Folgen hin, zu denen die Gegenmeinung führen müßte. So habe bei der (unbestrittenen) Wirksamkeit des Kausalgeschäftes, z.B. eines Kaufvertrages, der Dritte aus § 986 BGB ein Recht zum Besitz an dem übergebenen Gegenstand gegenüber dem Anspruch des anderen Ehegatten aus den §§ 1368, 985 BGB. Da der Vertrag auch gegenüber dem anderen Ehegatten wirksam sei, habe der Dritte gegen ihn ferner einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung. Im Ergebnis dürfe der Dritte daher doch den Gegenstand behalten. Deshalb empfehle es sich, die Zustimmung für Erfüllung gar nicht erst zu verlangen und die engere Auslegung des Satzes 2 vorzuziehen 260). Versage man dem Dritten aber auch den Anspruch auf die Erteilung der Zustimmung auf Grund des wirksamen Kaufvertrages, dann bedeute das nichts anderes, als die zunächst bejahte Wirksamkeit des Kaufvertrages z.B. im Er-

---

258) FamRZ 1958, 416

259) Tiedau, MDR 1959, 79/80; Boesebeck, Betr. 1958, 1147; Haegele, Rpfleger 1959, 4/10; 242/249; LG Darmstadt, NJW 1959, 103; BayObLG, MDR 1959, 662; OLG Hamm, Rpfleger 1959, 381; RGRK § 1365 Anm. 21

260) Boehmer, FamRZ 1959, 1/5; LG Darmstadt, FamRZ 1959, 240

gebnis wieder zu beseitigen. Schließlich wird noch auf die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 878 BGB hingewiesen 261) oder auch die Lösung der Frage dem allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes entnommen 262).

Beide Meinungen berufen sich zunächst auf den Wortlaut des Satzes 2. Wenn aber gesagt wird, Satz 2 setze streng genommen eine wirksame Verpflichtung voraus, weil sonst eine solche nicht bestehe, so ist diese Argumentation zu engherzig; denn irgendeinen Namen mußte der Gesetzgeber der Tatsache der Verpflichtungserklärung doch geben, das Gesetz spricht auch dort von Rechtsgeschäften, wo diese nichtig sind. Außerdem trifft § 1365 Abs.I Satz 2 BGB seinem Sinn nach gerade da zu, wo keine wirksame Verpflichtung besteht. Die Vorschrift läßt dem Ehegatten die Wahl, welchem Akt er seine Zustimmung erteilen will.

Sollte sich Satz 2 nicht an Satz 1 anschließen, dann wäre die Verwendung des Begriffes "Zustimmung" in Satz 2 unverständlich. Erstens hätte der Gesetzgeber Satz 2 sicherlich anders formuliert, wenn er mit ihm eine besondere Reihe von Fällen, zu denen der hier fragliche gehören würde, hätte treffen wollen. Und zweitens ist vor Satz 2 schon § 1366 Abs.I BGB zu denken. Auf eine "Zustimmung", d.h. auch auf eine Genehmigung, kommt es nur im Falle des Satzes 1 an, nicht wenn die Verpflichtung ohnehin wirksam ist. Die Erwähnung der "Zustimmung" in Satz 2 zeigt also, daß sich Satz 2 an Satz 1 anschließen soll. Auch hier erweist sich demnach die obige Auffassung als zutreffend, daß Satz 2 "Auffangtatbestand" für Satz 1 ist (s. S. 24). Nicht aber hat Satz 2 die Aufgabe, trotz wirksamen Verpflichtungsgeschäftes noch einen

---

261) LG Augsburg, DNotZ 1958, 550;  
Tiedau, MDR 1959, 79/80

262) Scheyhing, JZ 1957, 741/743;  
BayObLG, MDR 1959, 662

Riegel vorzuschieben. Die Gegenmeinung, die das bejaht, kann auch für das Schicksal des Verpflichtungsgeschäftes keine sachgerechte Lösung bieten. Man weist zwar auf die Folgen der §§ 275, 320 ff BGB hin, bedenkt dabei aber nicht, daß damit auf dem Wege der Haftung wiederum das ganze Vermögen betroffen wird (263).

Wenn die Zustimmungsbefähigung ferner mit dem Zweck des § 1365 Abs. I BGB begründet wird, dann verkennt man doch wohl, daß dieser Sinn nicht die Erfassung aller möglichen Fälle rechtfertigt, sondern gerade durch den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift begrenzt wird. Der Tatbestand der Bestimmung und ihr Zweck bedingen sich gegenseitig.

Auch darauf, das Gesetz sei schon lange vor seinem Inkrafttreten bekannt gewesen - was doch wohl sehr zweifelhaft ist - kann sich die Gegenansicht nicht stützen. Das würde nämlich nichts anderes bedeuten, als daß das Gesetz schon vor dem 1. Juli 1958 in Kraft getreten sein müßte (264).

Schließlich ergibt auch § 1368 BGB kein stichhaltiges Argument. Die Vorschrift knüpft nur deswegen an die Unwirksamkeit der Verfügung an, weil erst aus deren Unwirksamkeit Ansprüche des verfügenden Ehegatten aus Besitz, Eigentum und ungerechtfertigter Bereicherung entstehen.

Auch enthält das Urteil des BGH keinen Anhaltspunkt für die Gegenmeinung (265). Es geht zunächst davon aus, daß mit dem Verfügungsakt schon begonnen ist. Seine Ausführungen werden erst beachtlich, wenn zuvor festgestellt ist, daß die Verfügung überhaupt der Zustimmung bedarf. Die hier zu entscheidende Frage ist daher eine Vorfrage

---

263) Vgl. z.B. Koeniger, DRiZ 1959, 372/375

264) Vgl. dagegen BGH, FamRZ 1958, 416

265) BGH, FamRZ 1958, 416

zu dem Urteil des BGH. Aus den gleichen Gründen kann allerdings auch nicht eine Analogie zu § 878 BGB die hier vertretene Auffassung der Zustimmungsfreiheit stützen. Auch § 878 BGB setzt voraus, daß die Verfügungsmacht beschränkt ist. Das ist hier zunächst zu entscheiden. Die Erfüllung eines vor dem 1. Juli 1958 abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäftes ist aber nach diesen Ausführungen ohne Zustimmung des anderen Ehegatten wirksam 266). Der von Bosch empfohlene Umweg über § 1365 Abs.II BGB ist demnach nicht erforderlich 267).

## II. Zwischenzeitliche Heirat.

Solange der Geschäftspartner eines Dritten nicht verheiratet ist, gelten die §§ 1365 ff BGB nicht. Ein Verpflichtungsgeschäft bedarf daher nicht der Zustimmung. Durch die Heirat und den dadurch bedingten Eintritt des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft ergibt sich eine ähnliche Rechtslage wie bei dem zwischenzeitlichen Inkrafttreten des neuen ehelichen Güterrechts. (s. unter I).

Im Unterschied zu jener Rechtslage beginnt hier jedoch nicht neues Recht zu gelten, sondern durch eine Änderung der Sachlage wird bereits geltendes Recht anwendungsreif. Da das Gesetz bereits bei Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes gilt, spielt das Problem der Rückwirkung hier keine Rolle. Es gilt daher der allgemeine Grundsatz, daß ein Gesetz erst dann eingreift, wenn seine Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Da § 1365 Abs.I BGB an den Abschluß der Verpflichtung anknüpft, fällt deren Eingenung vor der Eheschließung nicht unter die Bestimmung. Die Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes bleibt also von der Hei-

---

266) So auch RGRK § 1364 Anm. 12

267) FamRZ 1959, 240

rat unberührt.

Dann treffen die Ausführungen über die Zustimmungsfreiheit der Erfüllung aber auch hier zu (vgl. unter I). Satz 2 ist mithin nicht anzuwenden. Die Formulierung des Gesetzes bestätigt dieses Ergebnis. Satz 1 spricht nämlich von "Ehegatten", und Satz 2 hat das gleiche Subjekt; Voraussetzung ist also, daß bei Abschluß der Verpflichtung der Vertragspartner "Ehegatte" ist. Hieraus ist mit der überwiegenden Meinung zu entnehmen, daß zukünftige Ehen nicht geschützt werden sollen (268). Als rechtspolitische Grund läßt sich dafür noch anführen, daß es unerträglich wäre, wenn eine Heirat vor der Erfüllung einer Verpflichtung Schutz bieten könnte (269).

Bade versucht das gleiche Ergebnis über § 162 BGB zu erzielen, weil er es mit der Auslegung der Vorschrift nicht erreichen zu können glaubt (270). Er meint, der künftige Ehegatte übernehme die rechtliche Nebenverpflichtung, alles zu unterlassen, was der Erfüllung schaden könne. Das sei Bedingung des Rechtsgeschäftes. Seine Heirat verstoße dann aber gegen die Nebenverpflichtung, gem. § 162 Abs. II BGB gelte sie als nicht erfolgt. Bades Argumentation trifft - abgesehen davon, daß § 162 BGB ein Tummelplatz von Billigkeitsentscheidungen zu werden droht - nicht zu. Die Vorschrift ist nicht anwendbar. Sie schaltet nur die Folgen eines treuwidrigen Verhaltens eines Vertragspartners aus, die diesem selbst zugutekommen sollen, nicht aber eine vom Gesetz bewußt aufgestellte Schutzvorschrift, die zudem nicht den Schutz des vertragschließenden Ehegatten, sondern den der Familie bezweckt, zu deren Gunsten das Verhalten des Ehegatten bei § 1365 Abs. I BGB gerade nicht entscheiden soll (271). Über dieses Schutzgut vermag der Ehegatte nicht zu "verfügen". § 162 BGB steht § 1365 Abs. I BGB somit nicht entgegen. Außerdem dürfte eine stillschweigende Bedingung des Inhalts, nicht zu

---

268) Vgl. Schulz-Kersting, JR 1959, 81/85

269) Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 2

270) NJW 1958, 1957

271) ...

heiraten, sittenwidrig und damit gem. § 138 BGB nichtig sein. Die Sittenwidrigkeit würde darin liegen, daß ein Handeln, nämlich die Eingehung der Ehe, zum Gegenstand rechtsgeschäftlicher (dazu noch vermögensrechtlicher) Abmachungen gemacht würde, das nach sittlicher Anschauung allein auf der Entscheidungsfreiheit des einzelnen beruhen soll.

Verfehlt ist es weiterhin auch, die Zustimmungsfreiheit der Erfüllung vom Vermögensbegriff des § 1365 Abs. I BGB her zu begründen. Die bestehenden Verpflichtungen sollen nach dieser Betrachtungsweise "Belastungen des Vermögens" sein. Der andere Ehegatte trete daher in den mit den Verpflichtungen belasteten Vermögensstand seines Ehepartners ein (272). Diese Argumentation ist mit dem oben entwickelten Vermögensbegriff der Vorschrift nicht zu vereinbaren, nach dem persönliche Verbindlichkeiten zugunsten der Familie unberücksichtigt bleiben müssen (s.S. 76).

Wieder beachtlich ist dagegen der Hinweis auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Es würde in der Tat untragbar sein, wenn der Rechtsverkehr mit Ledigen unter dem Damoklesschwert einer Heirat stände. Auch im Falle einer zwischenzeitlichen Heirat bleibt nach alledem das Erfüllungsgeschäft zustimmungsfrei (273).

### III. Zwischenzeitliche Veränderung der Vermögensverhältnisse.

Ebenfalls eine Änderung der Sachlage liegt vor,

---

272) So OLG Oldenburg, MDR 1959, 927

273) LG Augsburg, DNotZ 1958, 550;

Tiedau, MDR 1959, 79/80;

Boehmer, FamRZ 1959, 1/5;

RGRK § 1364, Anm. 12.

Auch im früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung konnte die Ehefrau ohne Zustimmung des Mannes ihre vorehelichen Schulden erfüllen, vgl. dazu Gaa S. 118

wenn sich die Vermögensverhältnisse eines Ehegatten in der Zeit nach Abschluß der Verpflichtung ändern. Erwirbt ein Ehegatte während der schwebenden Unwirksamkeit weiteres Vermögen hinzu, so daß der Gegenstand, über den zu verfügen er sich verpflichtet hat, nicht mehr sein Vermögen im ganzen bildet, ist vom Schutzzweck der Vorschrift her gesehen kein Bedürfnis mehr für eine Beschränkung vorhanden. Der Sachverhalt erfüllt nun auch nicht mehr den Tatbestand der Zustimmungsbefähigung; denn mit dem Erwerb weiteren Vermögens fehlt es an der tatbestandsmäßigen Voraussetzung der Zustimmung, nämlich dem "Vermögen im ganzen". Damit entfällt die in § 1365 Abs.I BGB zusätzlich aufgestellte Wirksamkeitsvoraussetzung überhaupt. Das Geschäft wird daher im Zeitpunkt weiteren Vermögenserwerbs wirksam. Auf den in § 185 Abs.II BGB ausgedrückten Rechtsgedanken braucht deswegen nicht mehr zurückgegriffen werden. Für ein bereits endgültig unwirksames Verpflichtungsgeschäft kommt eine derartige Heilung nicht in Frage.

Bei einem Vermögensverfall nach Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes mit der Wirkung, daß nunmehr der Geschäftsgegenstand das gesamte Vermögen des Ehegatten verkörpert, handelt es sich ebenfalls um eine Änderung der Sachlage. Das Verpflichtungsgeschäft ist hier aber zu einem Zeitpunkt zustandegekommen, in dem die Zustimmung noch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung war. Da das Verpflichtungsgeschäft mithin gültig eingegangen worden ist, greifen die Erwägungen zur Zustimmungsfreiheit der Erfüllung auch hier ein (s.unter I). Eine zwischenzeitliche Veränderung der Vermögensverhältnisse wirkt sich also für den Geschäftspartner des Ehegatten in keinem Falle ungünstig aus. Nur dieses Ergebnis vermag den Bedürfnissen der Rechtssicherheit zu genügen 274).

IV. Zwischenzeitliches Ende der Zugewinnsgemeinschaft.

Endet die Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod des

sich verpflichtenden Ehegatten, so sind die vorher abgeschlossenen, noch schwebend unwirksamen Verpflichtungsgeschäfte nach den §§ 1365 ff BGB zu beurteilen, sie bleiben daher schwebend unwirksam 275).

Endet der gesetzliche Güterstand durch Scheidung, so werden die vorher abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wirksam. Mit der Scheidung entfällt die tatbestandliche Voraussetzung der Zustimmungsbefähigung, daß der "Ehegatte" zustimmen soll. Der Grund der Zustimmungsbefähigung - Schutz der Familie - ist auch nicht mehr gegeben. Der geschiedene Ehegatte hat ohnehin die Möglichkeit, unmittelbar nach der Scheidung zustimmungsfrei die gleiche Verpflichtung einzugehen (276). Die Erfüllung der Verpflichtung nach der Scheidung ist vollends zustimmungsfrei, da die §§ 1365 ff BGB mit Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft nicht mehr gelten.

Wird die Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod des anderen Ehegatten aufgelöst, werden die Rechtsgeschäfte ebenfalls wirksam (277).

Auch dann wenn die Zugewinnsgemeinschaft durch Ehevertrag ausgeschlossen oder durch einen anderen Güterstand ersetzt wird, werden die vorher abgeschlossenen noch schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfte wirksam, ihre Erfüllung ist ebenfalls ohne Zustimmung möglich. Der Ehegatte hat nämlich auch hier die Möglichkeit, nach Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft das Geschäft ohne Zustimmung abzuschließen. Die schwebende Unwirksamkeit über

---

275) Reinicke, BB 1957, 564/565; Massfeller - Reinicke § 1366 Anm. 10

276) A.A. Reinicke, BB 1957, 564/565; Massfeller - Reinicke § 1366 Anm. 9. Darüber, daß die §§ 1365 ff BGB nach Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft nicht mehr gelten, vgl. Gaa S.58 ff

277) A.A. Krüger-Breetzke-Nowack Vorbem. 4 vor § 1365; wie hier Massfeller-Reinicke § 1366 Anm. 11; Gaa S. 130

das Ende der Zugewinnsgemeinschaft hinaus aufrechtzuerhalten, wäre daher nutzlos.

Bei Beendigung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft wirken die §§ 1365 ff BGB daher nur in dem einen Falle weiter, in dem die Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod des sich verpflichtenden Ehegatten ihr Ende findet.

§ 8. Ausschluß und Begründung der Geltung des  
§ 1365 Abs.I BGB durch Ehevertrag.

Die herrschende Meinung sieht die §§ 1365 ff BGB nicht als zwingendes Recht an. Sie hält daher einen Ausschluß der Verwaltungsbeschränkungen durch Ehevertrag für zulässig (278). Sie beruft sich dafür zunächst auf § 1408 BGB, der - wie sein Vorgänger, der § 1432 BGB a.F. - zeige, daß im Güterrecht kein strenger Typenzwang herrsche. § 1408 BGB sei - wie bisher auch § 1432 BGB a.F. - dahin auszulegen, daß die Ehegatten auch im gesetzlichen Güterstand vertraglich die gesetzliche Regelung abändern könnten (279). Anerkannte Grenzen der Abänderung seien nur das Wesen des Güterstandes und der Ehe und die §§ 134, 137, 138 BGB (280). Der Teil der herrschenden Meinung, der den Hauptzweck des § 1365 Abs.I BGB in der Sicherung des Zugewinnausgleichs sieht, weist insbesondere noch darauf hin, daß ein Ausschluß der Verwaltungsbeschränkungen umso eher möglich sein müsse, als der Zugewinnausgleich selbst ausgeschlossen werden könne (281). Schließlich beruft sich die herrschende Meinung noch auf die Auffassung des Gesetzgebers, der in § 1364 Satz 2 des II. Entwurfs des Gleichberechtigungsgesetzes den Ausschluß oder die Beschränkung der Verwaltungsbeschränkungen ausdrücklich vorgesehen hatte, die Übernahme dieser Bestimmung in das Gesetz dann aber für überflüssig hielt (282). Nach überwieg-

---

278) RGRK. § 1365 Anm. 34; § 1369 Anm. 39; Palandt-Lauterbach § 1365 Anm. 1; Knur, DNotZ 1957, 451/461 ff; Finke, MDR 1957, 577/579; Tiedau, MDR 1958, 377/381; Haegeler, Rpfleger 1959, 4/9; Beitzke § 13 II; Eppig S. 76 ff; Gaa S. 154

279) Vgl. Eppig S. 76; Palandt-Lauterbach § 1408 Anm. 4

280) Planck-Unzner § 1432 Anm. 9c; Palandt-Lauterbach (15. Aufl.) § 1432 Anm. 4; Enneccerus-Kipp-Wolff § 41 IV; v. Baligand S. 34/40; a.A. Staudinger-Engelmann § 1432 Anm. 3 c

281) Knur, DNotZ 1957, 451/462

282) Vgl. Massfeller, Familienrecht S. 120

gender Ansicht soll selbst ein Ausschluß zugunsten nur eines Ehegatten in den Grenzen des § 138 BGB zulässig sein 283).

Die Argumente für den Ausschluß der Verwaltungsbeschränkungen überzeugen nicht, wenn man - wie hier - den Hauptzweck des § 1365 Abs. I BGB in der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie sieht und nicht in dem Schutze des Ausgleichsanspruches. Verwaltungsbeschränkungen und Zugewinnausgleich sind alsdann nämlich nicht innerlich voneinander abhängig. Folglich läßt sich der Ausschluß der § 1365 ff BGB nicht mit der Möglichkeit des Ausschlusses des Zugewinns begründen. Das § 1414 Satz 2 BGB läßt sich das Gegenteil dazu ebenfalls nicht ersehen. Zwar ergibt diese Vorschrift, daß die Ehegatten das Kernstück der Zugewinnsgemeinschaft ausschließen können, nämlich den Zugewinnausgleich. Daraus könnte man entnehmen, daß das Gesetz den Ehegatten eine sehr weite Dispositionsbefugnis einräumen wolle. Ein Ausschluß des Zugewinns würde jedoch gegen das Wesen der Zugewinnsgemeinschaft verstoßen (284). Das Gesetz läßt ihn aber trotzdem gültig sein, indem es ihn nicht als Änderung innerhalb des gesetzlichen Güterstandes, sondern als dessen Ausschluß selbst wertet. Über den Güterstand selbst können die Ehegatten aber ohne Zweifel frei bestimmen. In dieser Dispositionsbefugnis liegt daher der Grund dafür, daß die Ehegatten den Zugewinnausgleich ausschließen können, nicht aber in einer Dispositionsbefugnis innerhalb der Zugewinnsgemeinschaft selbst. Darauf kommt es aber bei den §§ 1365 ff BGB entscheidend an; denn eine dem § 1414 Satz 2 BGB entsprechende Bestimmung fehlt für die §§ 1365 ff BGB. Die Disposition über sie findet daher ihre Grenze an dem Wesen der Zugewinnsgemeinschaft

---

283) Palandt-Lauterbach § 1408 Anm. 4;  
RGRK § 1365 Anm. 34;  
Knur, DNotZ 1957, 451/470

284) § 1414 Satz 2 BGB ist zwingendes Recht,  
vgl. 147 Fußn. 287)

Die Frage ist demnach, ob die §§ 1365 ff BGB für den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft wesentlich sind. Auf den ersten Blick mag das Wesen der Zugewinnsgemeinschaft nur in der Beteiligung der Ehegatten am Zugewinn bestehen, zumal wenn man bedenkt, daß der Ausschluß des Zugewinnausgleichs allein den ganzen Güterstand aufhebt. Diese Folge besagt aber noch nicht zwingend, daß die §§ 1365 ff BGB nicht wesentliche Bestandteile der Zugewinnsgemeinschaft sind. Dem Gesetz steht es frei, eine gewisse Rangfolge der zum Wesen eines Güterstandes gehörenden Merkmale anzuordnen. Es könnte also den Zugewinnausgleich als das wesentlichste Merkmal an die Spitze stellen und daran auch bestimmte Folgen knüpfen. Nach dem Auftrage des Grundgesetzes gem. Art. 6 Abs. I GG sollte das Familienrecht aber auch die Belange der Familie in besonderer Weise berücksichtigen. Ein gesetzlicher Güterstand, der die Familie als solche in keiner Weise begünstigt, würde den Anforderungen des GG schwerlich entsprechen. Wenn die §§ 1365 ff BGB der Familie nun auch nur einen begrenzten Schutz bieten, so sind sie deshalb doch als wesentliche Bestandteile der Zugewinnsgemeinschaft zu betrachten. Nur das entspricht doch wohl der Vorstellung des Grundgesetzes, derzufolge der gesetzliche Güterstand nicht nur die Interessen des einzelnen Ehegatten, sondern auch die vermögensrechtliche Grundlage der Familie als solcher schützend wahren soll. Die §§ 1365 ff BGB sind daher zum "Wesen der Zugewinnsgemeinschaft" zu rechnen und somit zwingendes Recht. Demgegenüber ist es auch bedeutungslos, daß die Ehegatten etwa die Gütertrennung vereinbaren können, in der es keine Verwaltungsbeschränkungen gibt. Denn wenn die Ehegatten in Zugewinnsgemeinschaft leben, also im Normalfall, hält es das Gesetz für notwendig, gerecht und billig, sie in der Verwaltung ihres Vermögens im Interesse der Familie zu beschränken.

Gerade diese Erwägung löst einen weiteren Zweifel gegen den Ausschluß der §§ 1365 ff BGB aus. Die §§ 1365 ff BGB verleihen dem einzelnen Ehegatten in erster Linie im Interesse der Familie besondere Befugnisse. Diese Erkenntnis könnte bedeuten, daß der einzelne Ehegatte nicht auf eine Befugnis verzichten kann, die ihm zugunsten der Familie als etwas von beiden Ehegatten Verschiedenen eingeräumt wird. Vor allem aber würde die Dispositionsbefugnis den § 1365 Abs. I BGB in sehr wichtigen Fällen entwerten. Gerade in den Ehen, in denen ein Ehegatte über wesentliches Vermögen verfügt, während der andere mittellos ist, dürfte man ihn dann in aller Regel ausschließen. Dazu wird der vermögenslose Ehegatte um des ehelichen Friedens willen praktisch genötigt sein. Die Möglichkeit des Ausschlusses würde den Ehegatten, der aus materiellen oder persönlichen Gründen in der Ehe das Übergewicht hat, geradezu dazu anreizen, sein Übergewicht zuungunsten der Familie zu einem Ausschluß der §§ 1365 ff BGB zu benutzen. Das Gesetz räumt dem anderen Ehegatten jedoch in vollem Bewußtsein der Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit der Familie die Befugnis zur Zustimmung ein. Die Dispositionsbefugnis über die §§ 1365 ff BGB würde die vom Gesetz gewollte Bindung des einzelnen Ehegatten bei den Gesamtvermögensgeschäften weitgehend wieder entwerten und letztlich die Gefahren ermöglichen, die das Gesetz gerade verhindern wollte. Die §§ 1365 ff BGB sind daher als zwingendes Recht anzusehen (285). Auf die Möglichkeit gegenständlicher Beschränkungen kommt es demzufolge nicht mehr an (286).

---

285) Gegen einen generellen Ausschluß sprechen sich auch Krüger-Breetzke-Nowack aus, § 1364 Anm. 3

286) Vgl. dazu Knur, DNotZ 1957, 451/470

Umgekehrt sind die Verfügungsbeschränkungen an den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gebunden. Wird der Ausgleich des Zugewinns etwa ausgeschlossen, können sie nicht aufrechterhalten bleiben. Ein Ehevertrag, der das bestimmt, wäre insoweit ungültig. Die gegenteilige Auffassung von Palandt-Lauterbach 287) verstößt - wie Scheffler zutreffend ausführt 288) - gegen das Wesen der gem. § 1414 BGB eintretenden Gütertrennung und gegen § 137 BGB.

Zusammenfassend ergibt sich also, daß die §§ 1365 ff BGB der Disposition der Ehegatten entzogen sind.

---

287) § 1408 Anm. 4 c; § 1414 Anm. 1 c;  
wie Palandt-Lauterbach auch Beitzke  
§ 13 II und Gaa S. 160

288) RGRK § 1408 Anm. 15, 22, 62; § 1414 Anm. 5

§ 9. Mittelbare Auswirkungen des § 1365 Abs.I BGB.

Als "mittelbare" Auswirkungen des § 1365 Abs. I BGB sollen nunmehr einige Probleme erörtert werden, die nicht unmittelbar unter den Tatbestand der Vorschrift fallen.

I. In diesen Problemkreis gehört zunächst die Frage, ob der vertragschließende Ehegatte die Haftung für die Erteilung der Zustimmung des anderen Ehegatten übernehmen kann.

Für das alte Recht war diese Frage streitig (289). Bei § 1365 Abs.I BGB lehnt die überwiegende Meinung die Zulässigkeit der Haftungsübernahme ab. Sie erblickt in ihr eine Umgehung der Verwaltungsbeschränkung (290).

Die Übernahme der Haftung für die Erteilung der Zustimmung oder der Garantie dafür ist jedoch nicht immer schon eine "Umgehung". Man muß dabei zwei Fälle unterscheiden. Will der vertragschließende Ehegatte gegenüber den Dritten für den gesamten wirtschaftlichen Erfolg des Geschäftes einstehen, so übernimmt er eine Verpflichtung, die nach dem hier vertretenen Vermögensbegriff schon unmittelbar unter § 1365 Abs.I BGB fällt (s.S. 77). Übernimmt der Ehegatte jedoch nur die Haftung für einen bestimmten Betrag, der sein Vermögen wertmäßig nicht erschöpft, "umgeht" er die Vorschrift nicht. Die Übernahme einer solchen Verpflichtung ist jedoch dem Versprechen einer Vertragsstrafe gleichzusetzen. Gem. § 344 BGB ist eine Vertragsstrafe von der Wirksamkeit der Hauptverpflichtung abhängig. Da die Hauptverpflichtung wegen § 1365 Abs.I BGB unwirksam ist, ist auch die übernommene Haftung nicht wirksam. Ein Ehegatte kann mithin für die

---

289) Vgl. RG, JW 1924, 539; RGRK (9.Auf1.) § 1445 Anm. 4; Planck-Unzner § 1445 Anm. 21; Enneccerus-Kipp-Wolff § 62 VI 3

290) Zunft, NJW 1958, 130; Tiedau, MDR 1958, 377/379; Reinicke, BB 1957, 564/565; Gaa S. 195; a.A. RGRK § 1365 Anm. 17

Erteilung der Zustimmung keine Garantie übernehmen. Nicht unter § 1365 Abs.I Satz 1 BGB fällt dagegen die Verpflichtung eines Ehegatten, sich mit allen Kräften in erlaubter Weise um die Zustimmung des anderen Ehegatten zu bemühen. Zur Sicherung einer solchen Verpflichtung ist es daher auch zulässig, eine Vertragsstrafe zu vereinbaren. Eine derartige Verpflichtung ergibt sich schon ohne ausdrückliche Vereinbarung als (wirksame) Nebenpflicht aus dem schwebend unwirksamen Verträge. Es ist deshalb zu prüfen, ob etwa eine im Verträge vereinbarte Vertragsstrafe oder Garantieübernahme sich nach dem Willen der Parteien auch auf die Sicherung dieser Nebenpflicht erstrecken soll. Voraussetzung der Wirksamkeit der Haftungsübernahme bleibt natürlich auch hier immer, daß sie nicht selbst schon den Tatbestand des § 1365 Abs.I Satz 1 BGB erfüllt. Eine danach zulässige Vertragsstrafe ist dann verwirkt, wenn der vertragschließende Ehegatte sich nicht hinreichend um die Zustimmung bemüht hat (oder sie vielleicht sogar böswillig vereitelt hat.)

II. Als nächstes fragt es sich, wie sich § 1365 Abs.I BGB auf Schadensersatzansprüche Dritter gegen den vertragschließenden Ehegatten auswirkt.

Schadensersatzansprüche gegen den vertragschließenden Ehegatten hält die herrscheinde Meinung für zulässig (291). Es kommen Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsabschluß und unerlaubter Handlung in Betracht. Ein Verschulden bei Vertragsschluß kann dem Ehegatten etwa zur Last fallen, wenn er den Dritten nicht darüber aufgeklärt hat, daß er über sein Vermögen im ganzen verfügt, oder ihm das Gegenteil hierzu vorgespiegelt hat (292). Das vorvertragliche Vertrauens- und Schuldverhältnis fällt als solches nicht unter § 1365 Abs.I BGB, da es nicht unmittelbar eine Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen zum Inhalt hat, sondern nur die rechtliche Grundlage der

---

291) Ziege, NJW 1957, 1579/1580; Eppig S. 73 ff; Boehmer, FamRZ 1959, 1/6 unter V

292) Vgl. Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 6

Pflicht ist, dem Dritten den Schaden zu ersetzen, den dieser an seinem eigenen Vermögen erlitten hat. Vor einer Haftung für Vermögensschädigungen Dritter durch einen Ehegatten schützt § 1365 Abs.I BGB die Familie nämlich nicht. Zum Ersatz des Erfüllungsinteresses führt die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss dagegen nicht, da das Erfüllungsinteresse durch die Wirksamkeit des Vertrages bedingt ist. Ähnlich wie bei § 172 Abs.I BGB ist jedoch auch hier die Ersatzpflicht der Höhe nach durch das Erfüllungsinteresse zu begrenzen, weil bei Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes der Dritte nicht besser stehen darf als bei seiner Wirksamkeit. Der Anspruch des Dritten wird ferner bei verschuldeter Unkenntnis der Unwirksamkeit durch § 254 BGB eingeschränkt (293). Die gleichen Erwägungen gelten für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gem. §§ 823 Abs.II BGB in Verbindung mit 263 StGB, 826 BGB.

III. Weiterhin ist zweifelhaft, ob der Dritte gegenüber den Rückforderungsansprüchen des oder der Ehegatten (§ 1368 BGB) ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner eigenen Rückforderungs- oder Schadensersatzansprüche hat.

---

293) Boehmer, FamRZ 1959, 1/6 unter V will § 307 Abs.I Satz 2 BGB entsprechend anwenden. Die herrschende Meinung wendet diese Regelung bei der Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss jedoch nicht an; vgl. Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 6 b

Überwiegend nimmt man an, § 1365 Abs.I BGB schliesse ein Zurückbehaltungsrecht Dritter aus. Der Schutz der Familie verlange das (294). Ein Zurückbehaltungsrecht bedeute eine Umgehung der Absicht des Gesetzes. Demgegenüber bejaht eine andere Ansicht das Zurückbehaltungsrecht, zumal wenn der Dritte die Unwirksamkeit des Geschäftes nicht gekannt habe (295). Die Rückforderung seitens des Ehegatten verstoße gegen das Verbot des gegensätzlichen Verhaltens.

Die Frage war auch im alten Recht schon streitig (296). Man kann das Zurückbehaltungsrecht wohl nicht schlechthin ausschließen. Das zeigt ein Vergleich mit der Einräumung eines vertraglichen Zurückbehaltungsrechtes. § 1365 Abs.I BGB greift bei der Vereinbarung eines vertraglichen Zurückbehaltungsrechtes nur dann ein, wenn durch die Besitzüberlassung der Ehegatte sein "Vermögen im ganzen" einbüßen würde (s.S. 77). Das ist in aller Regel nicht der Fall, da der Ehegatte durch die Besitzüberlassung nicht den gesamten realisierbaren Wert verliert. Nur dann verfügt der Ehegatte mit der vertraglichen Einräumung des Zurückbehaltungsrechtes über sein Vermögen im ganzen, wenn schon im Zeitpunkt der Vereinbarung feststeht, daß das Vermögen dadurch in seiner Gesamtheit entwertet wird. Das kann z.B. der Fall sein, wenn keine Aussicht besteht, daß der Ehegatte jemals seine eigenen Verpflichtungen wird erfüllen können. Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht kann nicht anders beurteilt werden. Dem verfügenden Ehegatten steht es nämlich frei, das Zurückbehaltungsrecht

---

294) Reinicke, BB 1957, 564/568; NJW 1957, 889/990; Baur, FamRZ 1958, 252/257; Beitzke § 13 II; Massfeller-Reinicke, § 1368 Anm. 4; RGRK § 1368 Anm. 15; Palandt-Lauterbach § 1368 Anm. 3; Ermann-Finke § 1368 Anm. 2; Krüger-Breetzke-Nowack § 1368 Anm. 2

295) Koeniger, DRiZ 1959, 372/375

296) Vgl. Staudinger-Engelmann § 1444 Anm. 3; Planck-Unzner § 1449 Anm. 6; Soergel-Vogel § 1449 Anm. 1

in dem angezeigten Rahmen vertraglich zu begründen. Mittelbare Auswirkungen können die §§ 1365 ff BGB nur insoweit haben, als sie auch unmittelbar wirken würden. Das ist aber beim vertraglichen und folglich auch beim gesetzlichen Zurückbehaltungsrecht nur dann der Fall, wenn der Besitzverlust für den Ehegatten gleichbedeutend mit der Entwertung seines Vermögens ist. Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht ist demnach nur dann ausgeschlossen, wenn keine Aussicht besteht, daß der verfügende Ehegatte seine eigenen Verpflichtungen gegenüber dem Dritten wird erfüllen können. Ein kategorischer Ausschluß des § 293 BGB müßte dagegen den schutzbedürftigen Dritten jedes Druckmittels zur Durchsetzung seiner Ansprüche berauben, auch wenn der Ehegatte in der Lage wäre, seine eigenen Verpflichtungen zu erfüllen. Mit dem Verbot des gegensätzlichen Verhaltens indessen läßt sich die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes nicht begründen. Ein gegensätzliches Verhalten kann nur dann rechtserheblich sein, wenn das erste Verhalten befugt war. Andernfalls würde man mit der Anerkennung des zweiten (gegensätzlichen) Verhaltens die Beschränkung aufheben.

Veräußert der Dritte den Gegenstand gem. §§ 932, 892 BGB wirksam weiter, erwirbt der Ehegatte gegen ihn einen Anspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten gem. § 816 Abs. I Satz 1 BGB. Gegen diesen Anspruch darf der Dritte nur aufrechnen, wenn er den Gegenstand nach den obigen Ausführungen hätte zurückbehalten dürfen 297).

IV. Schließlich sei im Rahmen der "mittelbaren Auswirkungen" des § 1365 Abs. I BGB noch auf die Folgen der Vorschrift für die Grundbuchpraxis hingewiesen.

---

297) Vgl. dazu Massfeller-Reinicke § 1368 Anm. 5

Die Zweifelsfragen, die die Vorschrift für den Grundbuchverkehr aufwirft, sind schon Gegenstand zahlreicher Untersuchungen gewesen 298). Die Grundbuchämter verlangen heute in aller Regel bei Grundstücksveräußerungen und im Verhältnis zum Gesamtwert des Grundstücks erheblichen Belastungen die Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis, daß die Voraussetzungen des § 1365 Abs.I BGB nicht vorliegen. Hierbei begnügen sie sich allerdings nicht selten mit der notariell beglaubigten Erklärung des verfügenden Ehegatten, er sei nicht verheiratet oder er habe noch weiteres Vermögen. Daß darin kein echter Nachweis liegt, ist offenkundig. Es gibt aber auch keine absolut sicheren Unterlagen für die Voraussetzungen des § 1365 Abs.I BGB 299). Wie soll das Grundbuchamt sich Gewißheit darüber verschaffen, ob der Ehegatte noch weiteres Vermögen hat oder ob der Dritte bei Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes nicht wußte, daß es sich um das im wesentlichen gesamte Vermögen des Ehegatten handelte? Die Grundbuchpraxis darf indessen den Rechtsverkehr nicht noch mehr erschweren, als dies § 1365 Abs.I BGB nicht schon unmittelbar erzwingt. Man sollte bedenken, daß es nicht Aufgabe des Grundbuchamtes ist, der Familie das Vermögen zu erhalten, sondern nur unrichtige Eintragungen zu verhindern und die Folgen der §§ 892 ff BGB möglichst auszuschalten. Auch unter Geltung des § 1365 Abs.I BGB ist daher daran festzuhalten, daß das Grundbuchamt eine Eintragung nur dann ablehnen darf und muß, wenn es weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß diese das Grundbuch unrichtig machen

- 
- 298) Vgl. etwa Haegele, Rpfleger 1959, 4; 242; 1960, 271; Riedel, JZ 1959, 597/599; Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 228; Schulz-Kersting, JR 1959, 81, 134
- 299) Vgl. Bosch, FamRZ 1958, 376; Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 228/233; RGRK § 1365 Anm. 18 - 20

wird 300). Nicht genügen dürfte daher zur Ablehnung einer Eintragung, wenn lediglich die Möglichkeit besteht, daß § 1365 Abs. I BGB eingreifen könnte, ohne daß begründete, positive Anhaltspunkte dafür gegeben wären 301).

---

300) RGZ 155, 344/347

301) Positive Anhaltspunkte verlangen: Roche, NJW 1958, 2069; Reinicke, BB 1957, 564/568; Tiedau, MDR 1958, 377/379; Schulz-Kersting, JR 1959, 81/82; FamRZ 1959, 67; Koeniger, DRiZ 1959, 372/373; Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 228/233 unter VIII; Riedel, JZ 1959, 597/599; Haegeler, Rpfleger 1959, 4/8 f unter IV 3; LG Bielefeld, FamRZ 1958, 376, 468; LG Berlin, FamRZ 1959, 64; OLG Frankfurt, Rpfleger 1959, 275 f; LG Siegen, FamRZ 1959, 64; LG Itzehoe, FamRZ 1959, 248; LG Oldenburg, MDR 1959, 573; OLG Bremen, Rpfleger 1960, 16; vgl. auch die Kommentare zur Grundbuchordnung; OLG Celle, NJW 1960, 437; BGH, NJW 1961, 1301/1303.

Eine weitgehende Nachprüfungspflicht des Grundbuchamtes bejahen: Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 8; Fikalo, RdL 1958, 281/288 unter III 1a; AG Marl, FamRZ 1959, 242; AG Delmenhorst, FamRZ 1959, 243; LG Bremen, MDR 1959, 127 = FamRZ 1959, 244; BayObLG, FamRZ 1960, 31.

Zur Form eines etwa erforderlichen Nachweises: Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 8; Tiedau, MDR 1958, 377/379; Haegeler, Rpfleger 1959, 4/8 f unter IV 2, 3; 24 / 1959; Schulz-Kersting, JR 1959, 81/82; LG Bielefeld, FamRZ 1958, 468; Bosch, FamRZ 1958, 376; Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 228/233 unter VIII 3 a-c; Rpfleger Jb 1960, 141 ff; LG Oldenburg, FamRZ 1959, 248; DNotZ 1959, 204/208; OLG Düsseldorf, JMBiNW 1959, 53; Auweder, Rpfleger 1960, 35/38; Haegeler, Rpfleger 1960, 271/273

### C. Zusammenfassung und Schlußbetrachtung.

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist der Schutzzweck des § 1365 Abs.I BGB, der in der Sicherung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage der Familie besteht. Durch eine zusätzliche rechtsgeschäftliche Wirksamkeitsvoraussetzung in Gestalt der Zustimmung des anderen Ehegatten wird ein Ehegatte bei gewissen Rechtsgeschäften gebunden. Diese sind dadurch gekennzeichnet, daß sie das im wesentlichen ganze Vermögen eines Ehegatten betreffen. Vermögen bedeutet dabei grundsätzlich der in den Aktiven verkörperte realisierbare Wert, in einigen Fällen - soweit es sich zugunsten der Familie auswirkt - auch das Reinvermögen. Dritte verdienen nur insoweit Schutz, als sie unverschuldet nicht wissen, daß das Rechtsgeschäft mit einem Ehegatten dessen ganzes Vermögen betrifft. Die Ehegatten können die Vorschrift des § 1365 Abs.I BGB nicht durch Ehevertrag beseitigen.

Die im großen und ganzen herrschende Meinung unterscheidet sich von diesen Ergebnissen hauptsächlich in den folgenden Punkten: Sie faßt die Beschränkung des § 1365 Abs.I BGB systematisch als Veräußerungsverbot auf. Sie engt den Vermögensbegriff der Bestimmung im wesentlichen im Sinne des juristischen Vermögensbegriffes ein. Dritte schützt sie schon dann, wenn sie nicht wissen, daß das Rechtsgeschäft das ganze Vermögen des Ehegatten betrifft. Die Ehegatten können die Beschränkung auch ehevertraglich aufheben.

Verglichen mit der herrschenden Meinung zeigen die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit, daß mit ihnen der Schutzzweck der Vorschrift - der Sicherung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage der Familie -, von dem auch die herrschende Meinung ausgeht, besser erreicht wird. Natürlicherweise müssen demgegenüber andere Interessen zurücktreten. Das findet seine Rechtfertigung

in der Verschiedenartigkeit der Schutzobjekte, die es zu berücksichtigen gilt. Die Unterschiedlichkeit der kollidierenden Interessen hat die herrschende Meinung - ihre Ergebnisse zusammengefaßt betrachtet - nicht beachtet und entsprechend berücksichtigt. Ihre Bewertung schlägt in Zweifelsfragen meistens zu Lasten des Schutzobjektes des § 1365 Abs.I BGB aus. Sie kann sich dafür nicht auf den Ausnahmecharakter der Bestimmung berufen. Innerhalb des Rahmens der Ausnahme muß die Bewertung auf die Verschiedenartigkeit der Schutzobjekte Rücksicht nehmen. Zwar sind die unmittelbar kollidierenden Interessen auf allen Seiten vermögensrechtlicher Art, Schutzobjekt des § 1365 Abs.I BGB ist aber letztlich die Familie. Die Bewertung der herrschenden Meinung bleibt im wesentlichen - obgleich sie von dem gleichen Schutzzweck der Vorschrift ausgeht wie die vorliegende Untersuchung - auf der rein vermögensrechtlichen Stufe stehen. Wäre es so richtig, dann hätte das Gleichberechtigungsgesetz gegenüber dem bisherigen Rechte auf dem Gebiete des doch allseits als dringend erforderlich erachteten Schutzes der Familie keinen Fortschritt gebracht. Art.6 des Grundgesetzes bestimmt aber ausdrücklich, daß die Familie eine rechtlich zu schützende Einheit ist. Die Betonung des Familienschutzes führt auch nicht zu untragbaren Ergebnissen für den Rechtsverkehr. Die Anerkennung einer eingeschränkten subjektiven Theorie und deren maßvolle Handhabung vermeiden dies.

Bei einer solchen Auslegung kann die Vorschrift des § 1365 Abs.I BGB zu einer wirksamen Hilfe des Familienschutzes werden. Es dürfte sich im Laufe ihrer bisherigen Geltungsdauer schon erwiesen haben, daß sie kein Schattendasein führen wird, sondern weitaus öfters eingreift, als es sich der Gesetzgeber vorgestellt hat. Vom sozialen Wesen der Ehe her gesehen ist sie

deshalb ein echter Fortschritt. Der individuellen Freiheit des einzelnen Ehegatten widerspricht sie nicht, weil sie ihren ethischen Grund in der Gemeinschaft der Ehe und Familie hat und dem Ehegatten auch nichts Ungebührliches abverlangt. Man sollte sie daher nicht als mißlungen bezeichnen, soviele Zweifelsfragen sie im einzelnen auch aufwerfen mag.

Sie vermag allerdings nicht ganz zu befriedigen. Für einen wirksamen Familienschutz reicht sie noch lange nicht aus. Einerseits bleibt es einem Ehegatten weiterhin möglich, auch sein ganzes Vermögen zu veräußern, da § 1365 Abs.I BGB eine stoßweise Vergabe des Vermögens nicht zu verhindern vermag. Andererseits wäre gerade die Bindung bestimmter Vermögensgegenstände, wie z.B. von Grundstücken oder Erwerbsgeschäften, besonders wünschenswert gewesen. Der Gesetzgeber hat jedoch beide Gesichtspunkte bei Erlaß des § 1365 Abs.I BGB erörtert und sie dennoch nicht berücksichtigt. Die Fragen von der Seite des Familienschutzes noch einmal aufzurollen, ist daher unnütz.

Weiterhin befriedigt sie deshalb nicht ganz, weil sie zu erheblichen Schwierigkeiten für den Rechtsverkehr führt. Diese hat der Gesetzgeber nicht in ihrer ganzen Breite erkannt. Bei einer Regelung, die für die Zustimmungsbefähigung von Rechtsgeschäften von bestimmten Einzelgegenständen ausgehen würde, erwüchsen die Schwierigkeiten nicht in solchem Maße. Von dieser Warte aus gesehen, dürfte das letzte Wort über die Ausgestaltung der Verwaltungsbeschränkungen im gesetzlichen Güterstand noch nicht gefallen sein.



## Lebenslauf.

Am 30. Januar 1934 wurde ich in Bielefeld als Sohn des Kaufmanns Karl M ü l k e und seiner Ehefrau Erna, geb. Hüttemann, geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule bestand ich Ostern 1946 die Aufnahmeprüfung am Staatl.-Städt. Gymnasium zu Bielefeld. Im humanistischen Zweig dieser Anstalt legte ich am 5. März 1955 die Reifeprüfung ab.

An der Universität Münster studierte ich vom Wintersemester 1955/1956 ab Rechts- und Staatswissenschaften.

Mein Studium schloß ich mit der ersten juristischen Staatsprüfung beim Oberlandesgericht Hamm am 23. Januar 1960 ab.

Seit dem 1. März 1960 bin ich als wissenschaftliche Hilfskraft am rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Münster angestellt.





